

الفصل الأول: تعريف الإلتزام وبيان خصائصه

تمهيد:

تعتبر النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام وأحكامه) من القانون المدني بل أهم جزء فيه بحيث لو إستطاع الطالب أن يلم بها فلا يجد أية صعوبة في فهم أجزاء القانون الأخرى التي سوف يدرسها في السنوات المقبلة فهي بمثابة العمود الفقري لهذا القانون .

فالناس في صلتهم ببعض يدخلون في علاقات لا حصر لها وإن كان واجب المشرع أن ينظم هذه العلاقات فإنه مهما تعددت أشكال هذا التنظيم وصوره فهو يخص القواعد العامة التي تهيم على علاقات الأفراد تلك هي الإلتزامات ويذهب الفقه إلى أن دراسة هذه النظرية وخاصة مصالح الإلتزام تعتبر خير وسيلة لتشكيل الملكية القانونية لدى طلاب كليات الحقوق خاصة في مجال القانون الخاص توجد مجالاً فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أروع مكان بل قد يذهب علماء القانون في درجة أبرز مكانة هذه النظرية بالقول أنها تعد من أصلح النظريات القانونية ميدانياً للتفكير المنطقي وأفسحها مجالاً للتجديد والتعميم .

لقد تناول القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58.75 المؤرخ في 201 رمضان 1395 هـ والموافق ل 26 سبتمبر 1975 م المعدل والمتمم . النظرية العامة للإلتزام في الكتاب الثاني منه فتتعرف في الباب الأول إلى مصادر الإلتزام وتتناول في الباب الثاني أثار الإلتزام وفي الباب الثالث الأوصاف المعدلة لأثر الإلتزام وتتناول في الباب السادس إثبات الإلتزام حتى أن النصوص المتعلقة بهذه النظرية قد بلغت 298 مادة من مجموع 1003 مادة من القانون المدني من المادة 53 إلى المادة 350 أي ما يقارب ثلثي القانون فقهاء القانون المدني لنابليون .

المبحث الأول : ماهية النظرية العامة للإلتزام وتطورها

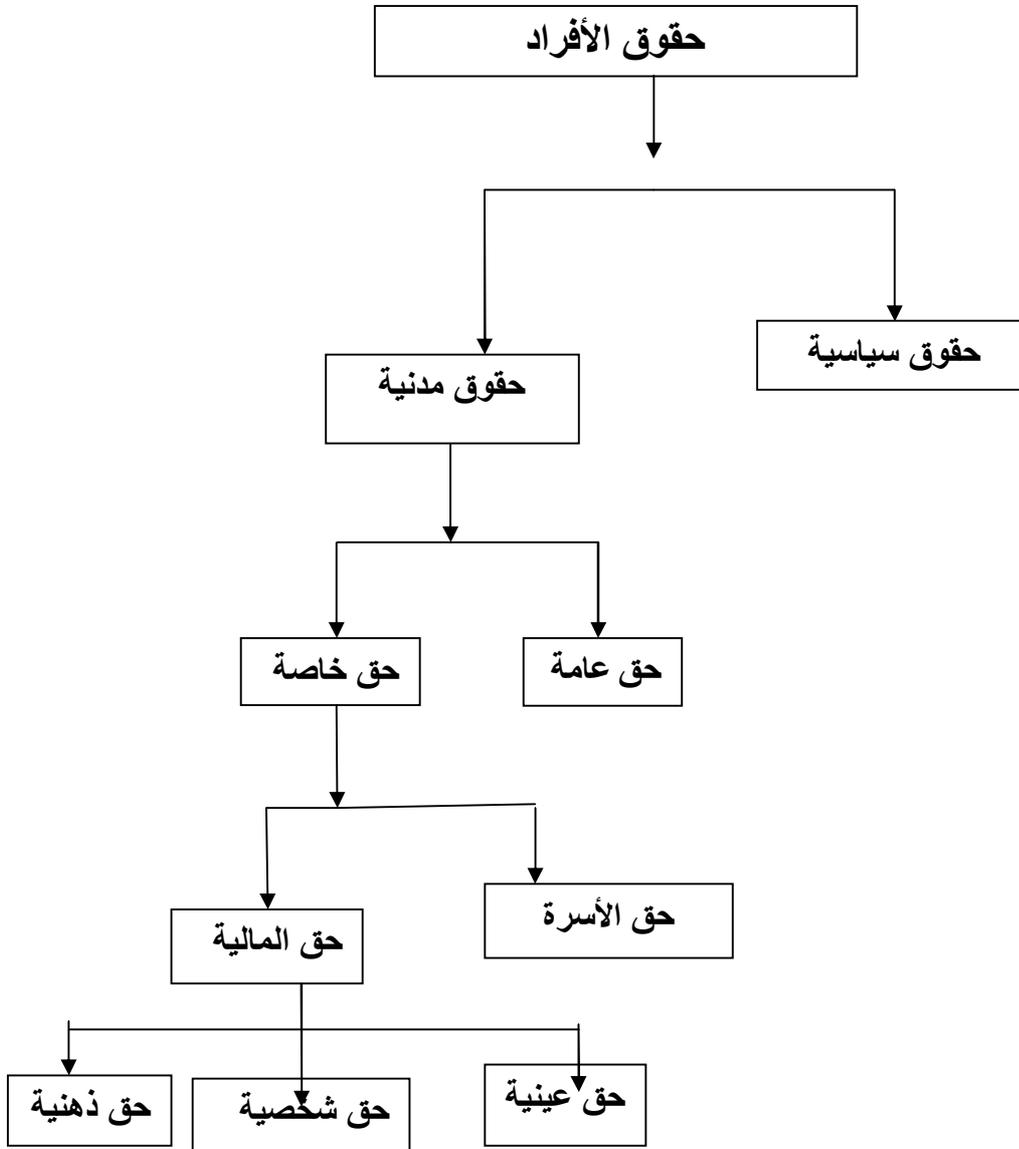
تعرف هذه النظرية على أنها مجموعة المبادئ الأساسية والقواعد العامة التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم وعلاقاتهم بالدولة باعتبارها تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص ويرجع معظم الفقهاء هذه النظرية إلى الفقه الروماني مما يعني إلغاء ما قبله من مرجعيات قانونية كشرعية حامورابي والقانون المصري القديم وفي هذا إقصاء للفكر القانوني ما قبل الرومان ولعل إصرار الكثير من الكتاب والفقهاء على إحقاق هذه النظرية بالقانون الروماني القديم فذلك يرجع عندهم لكونه أول من صاغ صياغته فنية قانونية مازالت تتمتع بالإستقرار والثبات النسبي لما يحويه من أحكام وقواعد عامة غير أن ذلك لم يمنعها من التطور والتغير بفعل الظروف والعوامل الإجتماعية والاقتصادية وفلسفية وزمنية وغيرها (1) ولقد إستمد فقهاء القانون الفرنسي القديم صياغة هذه النظرية من القانون الروماني وأكملوها طرق

1- علي علي سليمان . النظرية العامة للإلتزام . مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الثامنة . ص 05

متغيرات² الزمن وأكبر الفقهاء الذين كان دور فيها هما دوما وبوتير وغير خاف على أحد مافي الشريعة الإسلامية من دور بارز في صق³ هذه النظرية في أن فقهاء القانون المدني الفرنسي إستمدوا الكثير من النظريات والأحكام التشريعية منها : نظرية التعسف في إستعمال الحق , مبدأ الوصاية, مبدأ إلزامية العقود ولقد إستمد المشرع الجزائري على غرار معظم الدول العربية أحكام النظرية العامة للإلتزام من القانون الفرنسي وأكملها بأحكام من الشريعة الإسلامية في مواضيع كثيرة نتعرض لها لاحقا .

المبحث الثاني : تعريف الإلتزام

لفهم معنى الإلتزام ينبغي أن نرجع إلى أنواع الحقوق وتقسيماتها مع معرفة الفوارق بين الحق الشخصي والحق العيني لذلك سنتعرض للمخطط التالي:



بما أن نظرية الحق تم التطرق لها في مقياس مدخل للقانون سنكتفي باستعراض الحق والحق الشخصي بشيء من التفصيل وذلك باعتبارهما حقان ماليان يشكلان القانون المدني .

المبحث الثالث: تعريف الحق العيني

هي سلطة مباشرة تنتقل لشخص على شيء معين ومحدد بذاته دون تدخل أو وساطة شخص آخر تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون فمالك المنزل يستطيع أن يستعمله لنفسه يبيعه أو يؤجره وأن يتصرف به بكافة التصرفات القانونية دون التوقف على تدخل شخص آخر وللحقوق العينية قسمان : (1)

المطلب الأول : الحقوق العينية الأصلية

وهي حقوق لها وجود مستقل تمكن صاحبها سلطة مباشرة لشيء من إستعمال والتصرف فيه كحق الملكية , حق الارتفاق , حق الإنتفاع.....(2) .

المطلب الثاني : الحقوق العينية التبعية

هي سلطة مباشرة غير مستقلة على شيء معين تمكن صاحبها من سلطة مباشرة على شيء من إستعمال وإستغلال والتصرف فيه وتسندها إلى حق شخص آخر وتقوم ضماناً للوفاء به فهي حقوق لا تقوم إلا تبعاً لحق آخر كحق الرهن والامتياز (3)

المبحث الرابع : تعريف الحق الشخصي

وهي الإلتزامات وهي رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين تجاه الدائن بالقيام بعمل أو الإمتياز بأداء العمل أو إعطاء شيء وعرف كذلك بأنه إستثنائاً غير مباشر بأداء عمل معين ينتقل بشخص معين يسمى الدائن من قبل شخص آخر يسمى المدين بمقتضاه يمكن للدائن أن يطالب المدين بالقيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل يلتزم به من قبله (4) .
فإذا نظرنا إلى الحق الشخصي من جانب الدائن " صاحب الحق " سمي حقاً وإذا نظرنا إليه من جانب المدين سمي إلتزاماً وإصطلاح الحق الشخصي أو الإلتزام يعبران عن مضمون واحد وقد جرى الفقه على تغليب جانب المدين فسموها نظرية الإلتزام وإذا كانت تشمل إلتزام المدين وحق الدائن حتى أن القانون المدني المصري يستعمل الإصطلاحين كمترادفين إذا جاء في القسم الأول منه تحت عنوان الإلتزامات و " الحقوق الشخصية " أما في القانون المدني الجزائري فقد ورد في الكتاب منه " الإلتزامات والعقود " (5) .

4

- 1- د. محمد صبري السعدي . شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإلتزامات . مصادر الإلتزام . الجزء الأول . طبعة 2 سنة 2004 ص10
- 2- د. عبد المنعم فرج الصدة . مصادر الإلتزام . القاهرة سنة 1950 . ص07
- 3- د. أنور سلطان . الوجيز في النظرية العامة للإلتزام . الجزء الأول . مصادر الإلتزام . سنة 1966 . ص06.
- 4- د. محمد صبري سعدي . المرجع السابق . ص11
- 5- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص06

المبحث الخامس : مقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني :

- 1- الحق العيني سلطة لشخص على شئ محدد أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية بين شخص وشخص آخر قد يلزم بموجبها الدائن المدين بأن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن القيام بعمل معين .
- 2- السلطة التي يخولها الحق العيني لصاحبه هي سلطة إختصاص برد مباشر على الشئ محل الحق حتى ولو كان موجودا في حيازة شخص آخر أما الحق الشخصي فيخول صاحبه إختصاص يرد على إرادة المدين ودمته المالية لذلك توصف بأنها غير مباشرة .
- 3- الحق العيني يخول صاحبه مزية (أفضلية) التقدم والتتبع أما في الحق الشخصي يوجد ذلك فكل أصحاب الحقوق الشخصية يشتركون في إستفاد حقوقهم وفي حالة عدم كفاية الأموال يقسمونها .
- 4- الحقوق العينية بينها القانون حصيرا أو قام بتنظيم أحكامه أما الحقوق الشخصية فلا حصر لها حتى أن المشرع إكتفى ببيان صدورها وتنظيم أحكامها بوجه عام .
- 5- الحقوق العينية قابلة للحيازة والتقدم المكسبي لأن محلها شئ معين ومحدد أما الحقوق الشخصية فلا يتصور فيها الحيازة وتساقط بالتقدم⁽¹⁾ .

المبحث السادس : التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي

بالرغم من أوجه الإختلاف المتعددة بين الحق العيني والحق الشخصي فقد ظهرت عدة محاولات للتقريب بين الحقيين وفي هذا الصدد ظهرت نظريتان :

المطلب الأول : النظرية الشخصية : وهي التي تحاول تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ويرأس هذه النظرية الفقيه "" بلانيول "" الذي يرى أن الحق العيني كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين ولا يمكن القول بأن الحق العيني رابطة بين الشخص والشئ لأن الرابطة تكون بين الشخص والشخص وهنا يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي ويتفق معه كذلك في أنه يشمل ثلاث عناصر : موضوع الحق أو محل الحق والدائن والمدين فحق الملكية مثلا موضوعه الشئ المملوك والدائن هو المالك والمدين هم الناس كافة والذين يجب عليهم إحترام هذا الحق فالخلاف حسب هذه النظرية بين الحق العيني والحق الشخصي هو خلاف غير جوهري وهو جانب المدين ففي الحق العيني يكون المدين جميع الناس عدا الدائن أما في الحق العيني فيكون شخص أو أشخاص معينين ولقد أخذنا بهذه النظرية النقدية القانون الروماني ثم إنتقلت إلى القوانين اللاتينية لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها لا تخلو من التصنع والتكلم ففي الحق الشخصي نجد الدائن من جهة والمدين من جهة أخرى وهذا الأخير معلوم للدائن من وقت نشوء الحق وهذا مالا يوجد في الحق العيني وقت نشوء هذا الحق والقول بأن الحق العيني نشأ عندما يقع الإعتداء فهذا يعني أن الحق لم يكن موجودا من قبل ومن جهة أخرى فإن صاحب الحق في الحق الشخصي يستطيع ممارسة سلطته على محل الحق عن طريق المدين أو بواسطة وليس الأمر لذلك في الحق العيني إذ لا وجود لهؤلاء فل الحق العيني وهذا فرق جوهري بين الحق العيني والحق الشخصي أما القول بالالتزام الناس كافة تجاه صاحب الحق في الحق العيني فإن هذا ينطبق كذلك على الحق الشخصي ويصدق كذلك على أنواع الحقوق العامة فالناس كافة يلتزمون بالإمتناع عن التعرض لصاحب الحق أيا كان عينيا أو شخصيا وأن وقع إخلال بهذا الواجب العام التزموا بالتعويض وليس هذا إلا مظهر من مظاهر الحماية القانونية⁽²⁾

1- د. بلحاج العربي . النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري . الجزء الأول . مصادر الإلتزام . ديوان المطبوعات الجامعية . سنة 2001 ص 15

2- د. عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . نظرية الإلتزام بوجه عام . مصادر الإلتزام بدون سنة نشر . القاهرة ص.38

المطلب الثاني : النظرية العينية

وهي التي تحاول تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ومن أنصار هذه النظرية الفقيه الألماني " سالي ولاسير" يتلخص رأيهم في قيام هذه النظرية على أساس الحقوق المالية بما فيها الشخصية والعينية والتي تعتبر عنصرا من عناصر الذمة المالية فالحق الشخصي عندهم كالحق العيني وقد حان الوقت لأن ينظر إليه لبايعتباره رابطة بين الدائن والمدين بل باعتباره عنصر مالي يتجر دعن شخص دائن وشخص المدين وهذا مايقربه من الحق العيني فهم يبرزون محل الحق لا أطرافه. لقد لاقت هذه النظرية نجاحا في بعض القوانين الحديثة كالقانون الألماني والقانون السويسري فإستنادا إلى هذه النظرية لايمكن تغيير أطراف الإلتزام مع إستمرار وجوده كالحالة مثلا فالعبرة بمحل الإلتزام وقيمته المالية قد ينشأ الإلتزام دون شرط وجوب الدائن كما في الوعد بجائزة موجهة إلى الجمهور . وإذا كان من الممكن أن ينتظر إلى الإلتزام نظرة مادية بإعتبار موضوعه لا بإعتبار أطرافه حتى يتماشي وما تقضي به المعاملات فإن هذا لا يعني تجاهل أطراف الحق في صور أخرى حيث تبدوا شخصية المدين تحتل المقام الأول في بعض الحالات وهذا الإعتبار الذاتي يفوق في أهمية محل الحق كإلتزام الرسام , الطبيب المهندس, ...ففي مثل هذه الحالات يكون فيها الإعتبار الشخصي للمدين أهميته وعلى هذا انتهى التفريق بين الحق الشخصي والحق العيني قائمه.⁽¹⁾

من كل هذا نخلص إلى أن التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني تظل قائمة رغم المحاولات التي ظهرت فالحق العيني يبقى سلطة مباشرة لشخص معين على شخص معين بذاته لا تحتاج إلى وساطة آخر . هذه تهدف إلى تحقيق مصلحة يقرها القانون أما الحق الشخصي فيبقى عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم المدين تجاه الدائن بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو إعطاء شئ . لقد حرص المشرع الجزائري على إبراز هذا التقسيم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية حيث تكلم في الكتاب الثاني من القانون المدني عن الإلتزامات والعقود وتكلم عن حقوق العينية ولو أن المشرع الجزائري يغلب عليه المذهب الشخصي في كثير من المواضيع نستعرضها لاحقا .

المبحث السابع : مصادر الإلتزام:

يقصد بها السبب القانوني الذي ينشأ الإلتزام وهي مصادر الحق فالإلتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . سبب هذا الإلتزام هنا هو عقد البيع والإلتزام الواعد بتقديم جائزة لمن قام بعمل معين مصدر الإلتزام هنا هو إرادته المنفردة وإلتزام المتسبب بالضرر بالتعويض مصدر الإلتزام هنا هو الفعل غير المشروع⁶ والإلتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدر الإلتزام هنا هو القانون هكذا أن كان القانون هو مصدر جميع⁷ الحقوق والإلتزامات إلا أنه قد لا يكون المصدر المباشر فالباحث يثور إذا حول تحديد المصدر المباشر للحق أو الإلتزام أي المصدر القريب الذي يأتي منه الحق أو الذي ينشأ الإلتزام أي المصدر غير المباشر

1- د. عبد الحي حجازي . النظرية العامة للإلتزام . الجزء الأول . مصادر الإلتزام . سنة 1964 ص 82

أو المعيب لجميع الإلتزامات فإن المصادر التي نبحت عنها هي المصادر المباشرة هذه المصادر قد تكون إرادية وقد تكون غير إرادية

المطلب الأول : المصادر الإرادية

وهي ما تعرف في نظرية الحق بالتصرف القانوني وهي التي تقوم على الإرادة بمعنى أن هذه الأخيرة تلعب الدور الرئيسي في نشوء الإلتزام فلكي يكون المصدر إراديا يجب أن تتجه الإرادة فيه إلى إحداث أثر قانوني معين فإذا إقترنت الإرادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقدا وإذا لم تقترن سمي المصدر إرادة منفردة.⁽¹⁾

المطلب الثاني: المصادر غير إرادية :

وهي ما يعبر عنها في نظرية الحق بالواقعة القانونية وهي أعمال مادية وهي كل حدث يرتب عليه القانون أثر قد يكون نتيجة الطبيعة كواقعة الميلاد , الزلازل وقد تكون بفعل الإنسان أو بقوة القانون وهي إما أعمال مشروعة أو ما يسمى بالفعل النافع ويشمل الإثراء . الإثراء بلا سبب , والدفع المستحق والفضالة وأما تكون غير مشروعة وهو ما يعبر عنه بالمسؤولية التقصيرية وقد ينشأ الإلتزام كذلك عن طريق القانون⁽²⁾.

المبحث الثامن : ترتيب مصادر الإلتزام

يختلف ترتيب مصادر الإلتزام حسب وضع القانون المدني لكل بلد ولا يوجد إتفاق حول ترتيبها وتذكر القواعد الأتينية – كمصادر الإلتزام – العقد , شبه العقد الجريمة , شبه الجريمة , والقانون . والعقد هو توافق إرادتين على إنشاء الإلتزام ومثاله عقد البيع وشبه العقد هو عمل إرادي مشروع ينشأ عند الإلتزام تجاه الغير ومثاله الفضالة والدفع غير المستحق أما الجريمة فهي عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا وشبه الجريمة هي عمل ضار يأتيه فاعله بغير قصد الإضرار بل يأتيه عن إهمال ذو رعونة أو عدم الاحتياط . أما القانون فإنه قد يكون صدر الإلتزام كما في إلتزامات أفراد الأسرة بعضها ببعض كالنفقة والرضاعة والحضانة وكما في إلتزامات الجار نحو جاره وغير ذلك . ولقد أخذ هذا الترتيب المدني الفرنسي بينما لم يقرر القانون المصري هذا الترتيب وقد ورد خمس مصادر للإلتزام : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . أما القانون المدني الجزائري المعدل والمنظم فقد أورد خمس مصادر للإلتزام وهي:

- **القانون :** في الفصل الأول من الكتاب الأول ومن الكتاب الثاني في المادة 53 منه .
 - **العقد :** في الفصل الثاني وذلك من المادة 54 إلى 123 .
 - **الإرادة⁸ المنفردة :** في الفصل الثاني مكرر في المادتين 123 مرة وفي المادة 123 مرتين .
 - **الفعل المستحق:** للتعويض في الفصل الثالث من المادة 124 إلى 186 (ولو أن هذه التسمية منفردة لأن الفعل المستحق للتعويض أوسع دلالة من الفعل الضار فهو يشمل كذلك الفعل النافع) .
 - **شبه العقود :** وهنا نص المشرع تحته على ثلاثة أقسام وهي الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة من المادة 141 إلى 159 من الفصل الرابع منه.
- يعتبر العقد كأهم مصدر من مصادر الإلتزام لذلك قبل الخوض في تفصيل أحكامه علينا أن نتفق أولا على ماهيته وتحديد نطاقه.

1- د. علي فيلالي . الإلتزامات . النظرية العامة للعقد موقع للنشر الجزائر سنة 2010 . ص 38 .
2- د. علي فيلالي . المرجع السابق ص. 39

الفصل الثاني : مصادر الإلتزام

المبحث الأول : تعريف العقد وتحديد نطاقه

حاول بعض الفقهاء عند تعريفهم للعقد تميزه عن الإلتفاق عندهم أن الإلتفاق عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء بإنشاء الإلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه فالإنفاق على إنشاء الإلتزام مثله عند البيع ينشئ الإلتزامات في جانب البائع والمشتري والإلتفاق على نقله مثله حوالة الدين والإلتفاق على إنهائه مثله الوفاء ينهي به الدين والإلتفاق على تعديله مثله الإلتفاق على إضافة شرط له أما العقد عندهم أخص من الإلتفاق فهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء بإنشاء الإلتزام أو نقله وكل عقد يكون إلتفاق أما الإلتفاق فيكون عقدا إلا إذا كان منشئا أو ناقلا له أما إذا كان يعدل الإلتزام أو ينهيه فهو ليس عقدا (1).

لقد نقل ق.م الفرنسي هذا التفريق بين العقد والإلتفاق عن بوتييه ودوما إذا عرف العقد في المادة 1001 بأنه إلتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل معين . لقد تأثر المشرع الجزائري بهذا التعريف ونص في المادة 54 ق.م : "العقد إلتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " (2)

ويلاحظ أن هذا التعريف يشمل تعريف العقد وتعريف الإلتزام وكان على المشرع أن يتجنب مثل هذه التعريفات لأن مكانها الفقه فضلا عن أن هذه التفرقة التي تجعل العقد إلتفاق ينشئ الإلتزام فهو نوع من الإلتفاق " فقد إنتقدت من قبل أغلب فقهاء القانون الحديث الذين يعتبرون أن العقد والإلتفاق مترادفين ويعبران عن إسمين لمسمى واحد لأن الغرض من كل منهما هو إحداث أثر قانوني عن طريق قيام علاقة قانونية ملزمة بالإضافة إلى أن هذه التفرقة ليست ذات قيمة عملية ولا يترتب عنها أية نتائج قانونية لذلك ترى أن يعرف العقد على أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء هذا الإلتزام أو نقله وتعديله أو إنهائه ويعرف العقد في الفقه الإسلامي " بأنه إرتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه " ولعلنا من خلال هذه التعاريف نستنتج ما يلي :

1. أن إلتفاق الإرادتين لا بد أن يتجه إلى إحداث أثر قانوني متعلق بحقوق و الإلتزامات سواء بالإنشاء أو النقل أو التعديل أو الإنهاء فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة ويتبين ذلك من خلال الظروف والملابسات فلا يعتبر مثلا عقد إلتفاق بين شخصين على الزيارة أو النزهة فهذه كلها إلتفاقيات تدخل في إطار المجاملات الإجتماعية .
 2. ليس كل إلتفاق شخصين على زيارة أو النزهة فهذه كلها إلتفاقيات تدخل في إطار المجاملات الإجتماعية واقعا في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فالمعاهدة إلتفاق بين دولتين وتوليه الوظيفة العامة بين الإدارة والموظف ولكن هذه الإلتفاقيات ليس عقودا " بمعناها القانوني⁹ المدني" إن هي تقع في نطاق القانون العام الدولي , الإداري .
- والزواج إلتفاق بين زوجين يخضع لقواعد قانون الأسرة فهو ينشئ بحكم القانون حقوقا عائلية ولا ينشئ حقوقا مالية فحق النفقة للزوجة هو أثر قانوني لا يتوقف على إرادة الزوجين وإن كانت بعض الشرائع تدخل الزواج والتبني في نطاق قانونها المدني إلا أن الأصح أن لا تسمى هذه الإلتفاقيات

1- د. عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق . ص 49.

2- د. محمد صيري السعدي . المرجع السابق . ص 39.

عقودا بمعناها القانون المدني ولو وقعت في نطاق القانون الخاص فهو يخرج عن دائرة المعاملات المالية .

وعليه فكل إتفاق وقع في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد تنفق فيه العقود التي يقف فيها المتعاقدين على قدم المساواة وتلك التي يذعن فيها أحد المتعاقدين الآخر.

3. إن مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يحدد مدى الحقوق والإلتزامات في العقد والأصل أن تكون الإرادة حرة تحدد موضوع الحق وأثاره شرط أن تكون هذه الإرادة غير معيبة وتتقيد بالقواعد الآمرة وان تخالف النظام العام والآداب العامة.

المبحث الثاني : مبدأ سلطان الإرادة

- يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليد هام هو مبدأ سلطان الإرادة هذا المبدأ هو نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن 18 والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن 19⁽⁴⁾ .
- يقصد بمبدأ سلطان الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد أثاره التي تترتب عليه وقد تطور هذا المبدأ عبر مراحل تاريخية معينة غير أنه تبلور في الفقه الفلسفة القانونية التي كانت سائدة في أعقاب الثورة الفرنسية وقد ظهر جليا في القانون نابليون 1804 ولقد وجهت لهذا المبدأ عدة انتقادات من النظام الاشتراكي والنظام الإسلامي جعلته يعود في الإمعان في إطلاقه في كل النواحي القانون فالإرادة مثلا لا سلطان لها في دائرة القانون العام لأن المصلحة العامة لاتحدها إرادة الفرد وإنما تخضع لهذا القانون وفي دائرة القانون الخاص فإنه لا مجال للإرادة فيما يتعلق بالأسرة إلا بقدر محدود فعقد الزواج مثلا مصدره إرادة المتعاقدين ولكن الآثار المترتبة عليه لا تخضع للإرادة بل ينظمها القانون طبقا لمصلحة الأسرة والمجتمع كما أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يؤدي بالضرورة إلى إرادة القوة التي تتغلب على إرادة الأضعف منها وهذا ما يؤدي إلى سيطرة شخص على شخص آخر أو سيطرة عدة أشخاص على أشخاص آخرين بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا المبدأ من الناحية الواقعية يؤدي إلى الظلم الاجتماعي لأن القول بأن الأفراد متساوون من الناحية القانونية لا¹⁰ يعني حتما أنهم متساوون من الناحية الإقتصادية .
- هذه أبرز الإنتقادات التي أدت إلى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة وجعلته يتقلص في الوقت الحاضر إلى التاليين : (1)

1- د. نبيل إبراهيم سعد . النظرية العامة للإلتزام . مصادر الإلتزام . الجزء 10 منشأة المعارف الإسكندرية . سنة 2001. ص31

أولا : إن لمبدأ سلطان الإرادة شق شكلي ينحصر في توثيق العقد بمعنى إفراغه في وثيقة رسمية عن طريق القيد والتسجيل وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 324- 332 ق.م. الجزائري .

ثانيا : أن لمبدأ سلطان الإرادة شق موضوعي يتمثل في عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة من حيث مضمون العقد و أثاره وهذا ما ينص عليه المشرع الجزائري المادة 97 ق.م " إذا إلتزم المتعاقد بسبب غير مشروع أو بسبب مخالف للنظام العام أوللأداب كان العقد باطلا "

المبحث الثالث : تقسيم العقود

العقود متعددة ومتنوعة تنقسم إلى طوائف ومجموعات كثيرة وذلك بالنظر إلى الزاوية التي ينظر لها من خلالها ولعلى أهم هذه التقسيمات :

المطلب الأول : تقسيم العقود من حيث التكوين

وهذا التقسيم إلى عقود رضائية وشكلية .

الفرع الأول : العقود الرضائية

وهي العقود التي تتم بمجرد تراضي الطرفين وذلك بإقتران القبول مع الإيجاب ولو كان ذلك شفويا فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد , مثال : عقد البيع , الواقعة المنقولة والأصل في العقود أنها رضائية والإستثناء إذا نص القانون أو الإتفاق على غير ذلك ويجب التميز بين وجود العقد وطريقة إثباته فالعقد يوجب بالتراضي وما الكتابة إلا شرط لإثباته إذا لا تنفي قيام العقد فهي ليست ركنا شكليا لوجوده فهي وإن كانت لازمة للإثبات فإن العقد غير مكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين أو بشهادة الشهود⁽²⁾ .

الفرع الثاني : العقود الشكلية

وهي العقود التي تتطلب لقيامها شكلا معيناً بمعنى أنها لا تتم بمجرد التراضي بل يجب لقيامها¹¹ إفراغها في شكل معين يحدده القانون .

● والمقصود بالشكل هو الكتابة الرسمية التي يقوم بها موظف مختص وهذا ما يعبر عنه بالعقود الرسمية طبقاً لنص المادة 324 ق.م "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته "

كما تسري الكتابة كذلك التي تعد ركنا شكليا لقيام العقد على أحكام التوكيل في العقد الرسمي والوعد به والعقود الرسمية تعتبر من المحررات الرسمية غير أن هذه الأخيرة أعم فهي

1- د. عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق . ص61

2- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق. ص64.

تشتمل التصرفات الصادرة باتفاق الإرادتين كالعقود ومن أمثلتها العقود التي يحررها الموثق طبقاً للأمر رقم 70/91 الصادر في 1970/12/15 كما تشتمل التصرفات الصادرة بإرادة منفردة كالوصية⁽¹⁾.

والعقود التي تشترط فيها الشكلية ولم تستوفي هذا الشرط فإنها تقع تحت طائلة البطلان كالعقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية المادة 324 مكرر، كما نص المشرع على الرسمية في عدد من العقود كالرهن الرسمي من المادة 882-936 أو عقد الشركة المادة 418 ولعل ما يميز العقود الرسمية التي يحررها الموثق أنها تمهر بالصيغة التنفيذية بعدما تسجل لدى مصلحة الضرائب وتشتهر المحافظة العقارية ويعتبر ما ورد في العقود الرسمية حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني 3/5/324 وما بعدها.

أما هدف المشرع من اشتراط الكتابة الرسمية فهذا التنبيه المتعاقدين لخطورة التصرف الذي يقدمان عليه بالإضافة إلى فرض الرقابة على المعاملات العقارية حماية للمتعاقدين وللغير.

❖ أما العقود العرفية فلن تكون لها القوة الملزمة أو الحجة لدى الغير إلا في حالات معينة نصت عليها المادة 328 ق.م كاشتراط التأشير عليه من قبل ضابط عام مختص أو من يوم تسجيله إلى غير ذلك .

الفرع الثالث : العقود العينية

وهي العقود التي يعتبر التسليم ركناً لانعقادها ولا يكفي هنا مجرد التراضي كما أن تسليم العين محل التعاقد يحل مكان الشكل كعقد الرهن الحيازي من مادة 918-965 ق.م.ج وعقد الوديعة (590 ق.م وما بعدها) وعقد العاربية (مادة 538 ق.م. وما بعدها) وعقد القرض (المادة 450¹² ق.م وما بعدها) عقد المنقول (المادة 206 ق. الأسرة) ولعلنا نلاحظ الآن إنحصار مجال العقود العينية في كثير من التقنيات الحديثة لأن التراضي كاف لإنعقاد العقد ولم يعد هناك جدوى لانحلال التسليم إلا في العقود السابقة الذكر.⁽²⁾

1- علي .علي. سليمان المرجع السابق ص22.
2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 21

المطلب الثاني : تقسيم العقود من حيث الموضوع:

الفرع الأول : العقد المسمي

وهو العقد الذي خصه المشرع باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم وهذه العقود تقع على الملكية (عقد البيع .المقايضة . الشركة , الهبة...) وأما تقع على المنفعة(الإيجار, العارية....) وإما تقع على العمل (عقد المقاولة , الوكالة , التسيير.....) ويضاف إلى ذلك عقود الغرر(كالرهن, عقد مرتب مدى الحياة (المادة613) عقد التأمين...⁽¹⁾

الفرع الثاني :العقد الغير مسمى

وهو العقد الذي لن يخصصه المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيم أحكامه وتحكمه من حيث التكوين والآثار : القواعد العامة التي تقررت لجميع أنواع العقود كاتفاق شخص مع رسام أن يرسمه , عقد عند الخياط , عقد عند الحلاق⁽²⁾.

الفرع الثالث : العقد البسيط

وهو الذي يشمل على أحكام عقد واحد ولم يكن مزيج من عقود متعددة كعقد البيع , عقد الإيجار⁽³⁾.

الفرع الرابع : العقد المختلط (المركب)

وهو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعا فأصبحت عقدا واحد كعقد الفندقية (599ق.م) فهو يتضمن أكثر من عقد واحد لأنه مزيج من عقد الإيجار بالنسبة لإقامة وعقد بيع بالنسبة إلى¹³الطعام وعقد ودیعة بالنسبة إلى أمتعة النزيل.⁽⁴⁾

1- د. محمد صبري السعدي .المرجع السابق . ص51

2- المرجع نفسه . ص52

3- المرجع نفسه ص53

4- د.علي علي سليمان ص.25

المطلب الثالث: تقسيم العقود من حيث الآثار

الفرع الأول: العقد الملزم لجانبين: (العقد التبادلي, التقابلي):

هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة 55 ق.م: " يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما البعض " ومثال ذلك عقد البيع ينشئ الإلتزامات متقابلة إحداها يدفع الثمن والأخر يسلم المبلغ⁽¹⁾

الفرع الثاني: العقد الملزم لجانب واحد

وهو العقد الذي ينشئ إلتزاما في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر وهذا ما نصت عليه المادة 56 من ق.م: " يكون العقد ملزما لشخص أروعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أروعدة أشخاص آخرين دون إلتزام من هؤلاء الآخرين ". ومثال ذلك عقد الهبة والوديعة ويختلف العقد الملزم لجانب واحد عن التصرف القانوني لجانب واحد كالوصية والوقف فالأول يتم باتفاق إرادة أما الثاني يتم بإرادة واحدة⁽²⁾

أهمية التقسيم:

تظهر أهمية التقسيم إلى عقود ملزمة إلى جانبين وعقود ملزمة لحالة واحدة:

- 1- في العقد الملزم لجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للطرف الآخر أن يدفع بعدم التنفيذ أو يطلب فسخ العقد طبقا لنص المادتين 123- 119 ق.م أما في العقد الملزم لجانب واحد فله محل للدفع أو الفسخ لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته إلتزامه.
- 2- يفسخ بحكم القانون العقد الملزم لجانبين إذا إستحال تنفيذ إلتزام أحد طرفيه وذلك للتقابل القائم بينهما وتقع تبعة الهلاك على المدين بمحل الإلتزام أما في العقد الملزم لجانب واحد فتقع تبعة الهلاك على الدائن الذي سوف يتلقى محل الإلتزام الذي هلك مثال: ففي عقد البيع إذا هلك الشئ المبيع قبل التسليم وقعت تبعة الهلاك على البائع فلا يتقاضى الثمن أو يعيده إذا كان قبضه المادة 369 ق.م أما في عقد الهبة فتقع تبعت الهلاك على الموهوب له الذي لم يحصل على الشئ الموهوب .

- 3- في العقد الملزم لجانبين يعتبر إلتزام أحد المتعاقدين سببا لإلزام المتعاقد الآخر وفقا للنظرية¹⁴ التقليدية للسبب أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد إلتزام مقابل يمكن اعتباره سببا

1- د. على فيلاي . المرجع السابق . ص57

2- المرجع نفسه. ص59

الفرع الثالث : عقد المعاوضة

هو العقد الذي يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطي وهذا مانصت عليه المادة 58 ق.م : " العد بعوض هو الذي يلزم كل من الطرفين إعطاء أو فعل شئ ما" مثل عقد البيع يأخذ فيه البائع ثمن الشئ¹⁵ المبيع الذي يعطيه للمشتري وهذا الأخير يأخذ الشئ المبيع في مقابل الثمن الذي يدفعه.⁽¹⁾

الفرع الرابع : عقد التبرع

هو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالعارية والهبة والوديعة والقرض والوكالة دون أجر وقد يكون عقد التبرع عبارة عن عقد تفضل أي يتبرع المتعاقد بعمل أو منفعة دون أن يخرج التبرع عن ملكيته ماله لذلك فهي أشد خطورة من عقود التفضيل.⁽²⁾

أهمية التقسيم :

تظهر أهمية التقسيم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع في :

1. إن الغلط في الشخص يعيب عقود التبرع أكثر مما يعيب عقود المعاوضة إلا إذا كان الشخص المتعاقد محل اعتبار كما في الشركة إذا يوجد اعتبار للشخص الشريك .
2. في عقود التبرع يجوز الطعن فيها بالدعوي البوليضية دون حاجة إلى إثبات سوء النية , أما في عقود المعاوضة فلا بد من إثبات سوء النية (المادة 192 ف.رق.م)
3. مثال : إذا وهب المدين المعسر شخص آخر شيئا من ماله جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولم يثبت سوء النية أما في البيع فلا بد من إثبات سوء النية وذلك بإثبات التواطؤ بين المدين والمتصرف له.⁽³⁾

المطلب الرابع : تقسيم العقود من حيث الطبيعة :

الفرع الأول : العقد المحدد

هو العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد ولو كان المقداران غير متعادلين فيبيع بشئ معين بثمن معين يعتبر عقدا محددًا سواء أكان الثمن يعادل قيمة المبيع أم لا مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت العقد وليس المهم هنا أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطا كما أنه ليس مهم أن يكون تسليم المبيع مؤجلا وهذا مانصت عليه المادة 157 ف1 ث.م : " قد يكون القد تبادليا متى إنترم أحد الطرفين بمنح أو فعل شئ يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له " ⁽⁴⁾

1- د . محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص72

2- د. علي. فيلاي . المرجع السابق . ص 65

3- علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 22

4- د. علي. فيلاي . المرجع السابق . ص 61

الفرع الثاني : العقد الإحتمالي " عقد الغرر"

هو الذي لا يعرف فيه كلا من المتعاقدين مقدار ما يعطي أو مقدار ما يأخذ وتوقف فيه هذه المعرفة على حادث المستقبل غير محقق تاريخ وقوعه مثال بيع الثمار قبل نضجها أو عقد التأمين "619 ق.م" أو عقد مرتب مدى الحياة " 613" ق.م " أو عقود الرهان 612 ق.م وعقد عرفته المادة 57 ف.ق.م " إذا كان الشئ المعادل محتويا على خطر ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على¹⁶ حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد نمرر" (1)

أهمية التقسيم :

تظهر أهمية التقسيم هنا في أن الطعن بالغبن لايقبل في العقود الإحتمالية لأن الطعن بالغبن يقوم على معيار حسابي محدد في القانون المدني المادة 3586 ق.م وبما أن العقد الإحتمالي يتضمن من يوم إنعقاده إحتمال الخسارة والربح عند تحقق الحادث المستقبل فلا يمكن للطرف المغبون أن يحتج بغبنه لأنه كان يتوقعه عند التعاقد ولم يتفاجئه به . (2)

الفرع الثالث : العقد الفوري :

هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه فالأصل أن يكون تنفيذه فورا ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو أجال متتابعة كما في عقد البيع ولو كان الثمن يدفع على أقساط لأن الظاهرة الجوهرية في العقد الفوري هي نفي الزمان فيه وإذا تدخل قتل عرضي وليس جوهري لأن الزمن لو تدخل هنا فهو لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه ومثال ذلك إذا أنفق التجار مع العميل على صنع خزانة فهذه الأخيرة تستغرق وقتا ولكن هذا الوقت وهو إجباري لصنع الخزانة فهذه الأخيرة تستغرق وقتا ولكن هذا الوقت وهو إجباري لصنع الخزانة لا يتحدد به محل العقد وبذلك يكون عقد الإستصناع هنا هو عقد فوري. (3)

الفرع الرابع : العقد الزمني " المستمر "

هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه يجب أن يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة و العمل كذلك إذا نظرا إليه في ذاته ومن ثم فعقد الإيجار وعقد العمل عقدان زمنيان والزمن عنصر جوهري فيهما طبيعة وقد يكون الزمن عنصرا أساسيا باتفاق الطرفين كعقد توريد مواد غذائية لمدرسة أو جامعة أو مستشفى فالمعقود عليه هنا يقاس بالزمن إتفاقا. (4)

1- المرجع نفسه . ص62

2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص72

3- د. عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق . ص72

4- د. المرجع نفسه. ص 73

أهمية التقسيم :تظهر أهمية التقسيم فيما يأتي :

(1) من حيث الفسخ :

الفسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذاً منه لا يمكن إعادته

(2) من حيث وقف التنفيذ:

إذا وقف التنفيذ العقد الفوري فإن ذلك لا يؤثر في إلتزامات المتعاقدين من حيث الكم بل تبقى كما كانت قبل الوقف أما في العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كنه وزوال¹⁷ جزء منه .

(3) من حيث الظروف الطارئة :

العقد الزمني لا يمكن أن يكون إلا ممتدا مع الزمن وبقدر ما يكون ممتدا يكون تغير الظروف محتملا وعليه فالعقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة خلاف العقود الفورية إلا إذا كانت تنفيذا مؤجلا .

(4) من حيث تقابل الإلتزامات :

في العقد الزمني تتقابل تتقابل فيه الإلتزامات تقابلا تاما لا في الوجود فحسب بل حتى في التنفيذ ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الإنتفاع أما في العقد الفوري فإن التقابل إذا كان تاما في الوجود فهو ليس بالضروري تام في التنفيذ ففي عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود فليس شرطا أن يتقابلا من حيث التنفيذ وذلك إذا دفع المشتري أقساطا من الثمن ولم يأخذ الشيء المبيع عند التعاقد .⁽¹⁾

المطلب الخامس : تقسيمات العقود من حيث كيفية وقوع التراضي

الفرع الأول : عقد المساومة " العقد التفاوضي "

وهي العقود التي تكون فيها إرادة الطرفين متساوية فكل المتعاقدين مساو للأخر ليحصل على شروط مرضية مثل : عقد البيع , عقد الإيجار .⁽²⁾

1- د. عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق . ص74

2- د. المرجع نفسه . ص74

الفرع الثاني : عقد الإذعان " العقد الغير التفاوضي "

هو العقد الذي يملك فيه المتعاقد الحرية الكاملة أمام الطرف الأخر في تحديد شروط العقد مما يجعل هذا الأخير يقبل بها كاملة أو يرفضها كاملة بمعنى أنه لا يمكن له مناقشة شروط العقد أو تعديلها ولو أنه هنا يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها "المادة 110ق.م" (1) من أمثلة عقود الإذعان : عقود التأمين , عقود الكهرباء ، الهاتف

المبحث الرابع : أركان العقد

تمهيد :

يقوم العقد على 3 أركان وهي : وهي التراضي ولمحل والسبب يضاف إلى هذه الأركان ركن الشكل في بعض العقود .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضع أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان شروط العقد وتناول النص عليها في المواد 59-98 ق.م وتسمية أركان العقد بشروط تسمية غير دقيقة لأن للعقد شروط انعقاد وهي الأركان ويترتب على تخلفها البطلان المطلق وشروط صحة يترتب على مخالفتها قابلية العقد للإبطال .

المطلب الأول : التراضي

يوجد التراضي بوجود إرادتين متطابقتين تكفيان لوجود العقد ولكن إذا كان وجود الإرادتين يكفي لنشأة العقد فإنه لا يكفي لصحته وهذا يتطلب منا أن بحث أولا في وجود التراضي ثم نبحت بعد ذلك في صحته.

الفرع الأول : وجود التراضي

التراضي هو تطابق الإرادتين وهذا ما نصت عليه المادة 59 ق.م . " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " ومنه فالتراضي يتم بالإيجاب وقبول¹⁸ متطابقين يتجهان أثر قانوني هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما .

الفرع الثاني : اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني

المقصود هنا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام وعليه فالإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة مثال الصبي غير مميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو

1- د. علي سليمان. المرجع السابق. ص. 23

¹⁹مرض ولاعب للإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني كما في المجاملات الاجتماعية كذلك لا يعتد بإرادة الهازل "كثير الضحك أو الإرادة المعلقة على محض المشيئة لأن الإرادة في جميع الأحوال هناك ²⁰لم تتجه اتجاهها جدياً لإحداث أثر قانوني . (1)

الفرع الثالث : كيف يتم التعاقد ؟

التعاقد يتم بالتعبير عن إرادتين وبتوافقهما وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد باتاً كما ²¹في الاتفاق الابتدائي والتعاقد بالعربون .

المطلب الثاني : التعبير عن الإرادة :

هو ذلك التعبير الذي يتجه بإرادة جادة وحررة إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء إلتزام وقد نصت المادة 60ق.م "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما نقوم باتخاذ موقف لا يذع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

• ويجوز أن يكون التعبير عم الإرادة ضمناً إذا لم بنص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون من قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل وقد يصدر من نائب عنه لذلك سندرس مايلي :

الفرع الأول : التعبير عن الإرادة الصادرة من الأصيل

التعبير عن الإرادة هنا قد يتخذ صوراً وأشكالاً متعددة:

الفرع الثاني : صور التعبير عن الإرادة : قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً :

أولاً : التعبير الصريح :

يكون التعبير صريحاً إذا كان المظهر المادي الذي إتخذه كلاماً أو كتابةً أو إشارةً أو نحو ذلك أي التعبير الذي يكشف عن الإرادة بصورة مباشرة وعلى أ، يكون التعبير الصريح باللفظ أو بالكلام المعبر عن المعنى المراد , سواء كان الكلام مباشراً أو بواسطة الهاتف أو عن طريق إيفاء رسول وغير ذلك كما يكون التعبير الصريح بالكتابة أي كان نوعها رسمية أو عرفية أي كان شكلها بالبداية بالآلة الكاتبة أو الحاسوب وقد يكون التعبير الصريح بالإشارة المتداولة عرفاً كهزة الرأس عمودياً بالتعبير عن الموافقة وهزة الرأس أفقياً للتعبير عن الرفض وقد يكون باتخاذ وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عنها بحسب المؤلف والمتبع بين الناس كوقوف سيارة الأجرة في المكان المعد لها . (1)

1- علي علي سليمان . المرجع السابق ص26

ثانيا : التعبير الضمني :

يكون التعبير ضمنيا إذا كان المظهر المادي الذي إتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن إرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة .

فهو الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير شرعية من ذلك إستمرار المستأجر في إيجاره للعين المؤجرة بعد إنتهاء مدة الإيجار قرينة يفهم منها أنه يريد تجديد الإيجار والتعبير عن الإرادة بتعبير صريحا إلا إذا نص القانون على أن يكون صريحا أو إتفق الطرفان على ذلك مثل ما نصت عليه المادة 505 ق.م على²² أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار أو يؤجر إيجار ا فرعيا بدون موافقة صريحة من المؤجر.⁽²⁾

ثالثا : السكوت كتعبير عن الإرادة :

السكون في أصله هو السكوت والإمساك والصمت وعدم الكلام وعلى ذلك فالسكون عدم لايفيد شيئا وأولى بالعدم أن تكون دلالاته الرفض لا القبول وعليه فهو موقف سلبي يختلف عن التعبير الضمني عن الإرادة الذي هو موقف إيجابي يستنتج منه حتما يدل عليه من موافقة أما السكوت فلا يدل على شئ لذلك يقول فقهاء الشريعة " لا ينسب لساكت قول "

ومنه فالسؤال المطروح : هل يصلح السكوت للتعبير عن الإرادة ؟

لا يعرف هذا التساؤل بصدد الإيجاب فمن المستحيل أن يكون السكوت إيجابا وإنما يعرض التساؤل بمناسبة القبول بمعنى إذا صدر إيجاب من الطرف الأول وسكت الطرف الثاني فهل يعتبر سكوته رفضا أم قبولاً؟

الأصل أن لا يعتبر السكوت تعبيراً عن الإرادة ولكن أورد القانون استثناء على هذا الأصل جعل فيه السكوت دليلاً على القبول وهذا ما نصت عليه المادة 65 ق.م لذلك سنبين هذه الحالات المنصوص عليها في هذه المادة كالاتي :

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو عرف تجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت ما . ومثال ذلك ما جرت عليه المصارف من إرسال بيان لعميلها كل مدة معينة بحسابه الجاري ولم يعترض هذا العميل في الوقت المناسب فيعتبر سكوته هنا قبولاً لهذا الحساب أو تاجر جملة يرسل إلى تاجر التجزئة ما طلبه هذا الأخير من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة فسكوت تاجر التجزئة على هذه الأسعار يعتبر قبولاً لها.

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص79

2- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص68

2- يعتبر سكوت على الرد قبولاً إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ومثال ذلك تاجر التجزئة الذي إعتاد إرسال بيان بالبضائع المطلوبة من تاجر الجملة فسكوت هذا الأخير يعد قبولاً لطلب تاجر التجزئة والذي سيكون يطمئن أن البضاعة التي طلبها سوف تصل إليه لأنه قد جرى التعامل بينهما من قبل .

إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه : ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر شيئاً دون مطالبته بعوض فسكوت الموهوب له يعتبر قبولاً لأن السكوت كان لمصلحته المحضة أو يعرض التاجر على العميل تحفيظ السلعة.⁽¹⁾

• هذه الحالات التي أوردتها المادة 68 ق.م جاءت على سبيل المثال لا الحصر وعلى ذلك²³ وبصورة عامة وكل السكوت يقترن به ظروف تدل على الرضا يعتبر قبولاً هذا هو السكوت الملاصق أي السكوت الذي تلاصقه ظروف معينة تجعله يفيد دلالة القبول لذلك يقول الفقهاء الشريعة " السكوت في معرض الحاجة ببيان" والأصل أن تقدير الظروف الملاصقة للسكوت وما تحمله من دلالة على القبول يعتبر مسألة موضوعية تتدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومع ذلك فقد أتى المشرع الجزائري بعض الضوابط المرنة تهئ للقاضي أداة عملية التوجيه سبق ذكرهما"

المطلب الثاني : الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

سبق أن رأينا أن لتكوين العقد يجب أن توجد الإرادة حرة يعتد بها بصفة جدية لإحداث أثر قانوني ولكن وجود الإرادة بهذه الكيفية لا يكفي لا يكفي لإبرام العقد إذ يجب أن تتحول الإرادة من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية أي يجب أن تتحول الإرادة ويخرج من مكنون النفس إلى العالم الخارجي ولعل الوسيلة في ذلك التعبير الصريح أو الضمني أو السكوت في الحدود السابق بيانها ولكن ما دور كل من الإرادة والتعبير عنها في تكوين العقد؟

ليس هناك أية صعوبة إذا كان التعبير عن الإرادة مطابقاً للإرادة ذاتها فهنا الإرادة الداخلية لا تختلف عن مظهرها الخارجي وعليه فسيان الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة مادامت الإثنتان متطابقتان ولمن إذا اختلفا مثال كان يوقع شخص على عقد به شرط رغبته في بيع بضاعته وإذا به يكتب ثمن البضاعة 50000 ألف دج بدلا 500000 دج فيرد عليه المرسل إليه بقبول الشراء بالثمن المكتوب في الرسالة فالسؤال المطروح هنا هل نأخذ بالإرادة النفسية على أساس أنها الإرادة الحقيقية أم الإرادة المعلنة التي تم الكشف عنه.

- **المسألة تنازعها نظريتان :**
- **الفرع الأول : نظرية الإرادة الباطنة :**

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص95

والتي تمثلها المدرسة الفرنسية التي ترى أن الإرادة هي لب التصرف وأن العقد قوامه الإرادة فهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس أما مظهر التعبير عنها فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس فإذا قام دليل على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية فالعبرة بها وليس بالمظهر المادي لذلك يجب الإعتداء بالإرادة الباطنة لأنها هي الحقيقية وهي وحدها التي تلزم الشخص . فالعبرة بتطابق الإرادتين لا بتطبيق التعبيرين وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم فما على القاضي إلا أن يعترف عليها عن طريق الافتراض فالإرادة الحقيقية أولا وإلا فالإرادة المفترضة وكلاهما إرادة باطنة لإظهاره فالعقد يستمد قوته من مبدأ سلطان الإرادة الحرة المختارة غير المعيبة بغش أو إكراه أو غلط .⁽¹⁾

الفرع الثاني : نظرية الإرادة الظاهرة : "تستمد منطقتها من القانون "

في النصف الثاني من القرن 19 تعرضت نظرية الإرادة الباطنة إلى نقد عنيف من قبل المدرسة الألمانية التي تمثل نظرية الإرادة الظاهرة والتي تقوم على أنه إذا كان قوام العقد هو الإرادة فالعبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة في التعبير لا بالإرادة الكامنة في النفس حيث أنها هي الإرادة التي يمكن الوقوف عليها والثقة فيها فهي التي تنتج أثرا ولها المظهر الاجتماعي الذي لا يكون إلا عند الإفصاح عنها فالقانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية فالإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد لها وجود في العالم الاجتماعي وجب أن تتجسد في المظهر المادي لها وهو ما يستطيع إدراكه وفي هذا الإستقرار في التعامل ولا يشترط اصطحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقا خاصا للتعبير عن الإرادة فقد يكون صريحا أو ضمنيا أو سكوتا ملابسا وعندهم أن المظهر الخارجي هو المظهر الأصلي للإرادة الذي يجب الوقوف عنده وإذا اعتبرنا دليلا للإرادة الباطنة فهو دليل غير قابل لإثبات العكس فلا يعتد بالشخص الذي يدعي أنه أظهر غير ما أظهر⁽²⁾.

❖ موقف المشرع الجزائري من النظريتين :

لقد أخذ المشرع الجزائري بكلتا النظريتين في مواضع كثيرة ولو أنه يميل إلى الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة ويكملها بنظرية الإرادة الظاهرة كنص المادة 111 ق.م وقد يأخذ بالإرادة الظاهرة 198²⁴ ق.م وقد يأخذ كذلك بالإرادة الباطنة 199 ق.م .

المطلب الثالث : متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني

ينتج التعبير عن الإرادة سواء كان صريحا أو ضمنيا وسواء إعتدا فيه بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة في الوقت الذي يتصل فيه يعلم من وجه إليه وهذا ما نصت عليه المادة 61 ق.م " ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في الوقت الذي يتصل فيه يعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم بهم ألم يعم الدليل على عكس ذلك " .

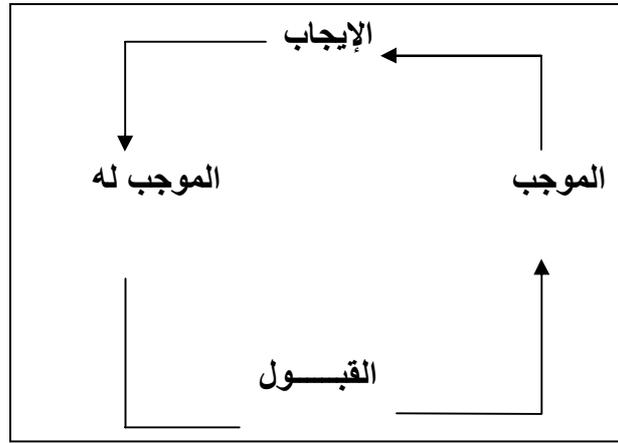
فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا فإنه لا ينتج أثرها إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه الإيجاب فإذا عدل الموجب عن الإيجاب قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه فلا ينتج أثره وكذلك القبول لا ينتج إلا إذا علم به

1- د. عبد الرزاق السنهوري . الرجوع السابق. ص79

2- المرجع نفسه . ص80

الموجب فهنا ينعقد العقد صحيحة ومنتجا لأثاره القانونية ولكن كيف يمكن إثبات أن وصول الإيجاب أو القبول قرينة على العلم؟²⁵

لقد أجاب المشرع الجزائري في نص المادة 61 ق.م وذلك بالقول أن وصول التعبير قرينة على العلم به ولكنها تبقى قرينة غير قاطعة أي أنها تقبل إثبات العكس وذلك بكافة طرق الإثبات كان يثبت من وجه إليه التعبير أنه كان غائبا أو مر ولم يعلم مثلا بالرسالة التي وجهها عليه الطرف الآخر .
وعليه لكي ينتج التعبير عن الإرادة أثره يجب أن تغلق خلقه التعاقد وذلك بأن يتصل الإيجاب بعلم الموجب له "القابض" وأن يتصل القبول بعلم الموجب⁽¹⁾ .



المطلب الرابع : أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

لو أن أحد المتعاقدين من وجد التعبير عن الإرادة إليه قد مات أو فقد أهليته فعل ينتج التعبير عن الإرادة هما أثره أم لا ؟

لقد أجابت على ذلك المادة 62 ق.م " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل هنا قد أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة لأنه قرر أن التعبير عن الإرادة متى صدر من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجودا قانونيا ويترتب عليه آثار قانونية على الرغم من موت صاحب التعبير أو فقد أهليته وعلى هذا لفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين صدور التعبير عن الإرادة من الموجب وصدوره من القابل ثم موت أحدهما أو فقد أهليته قبل وصول التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر " .

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق .ص35

- إذا كان التعبير عن الإرادة صادر من الموجب ثم مات أو فقد أهليته قبل وصول العبير عن الإرادة إلى القابل وأعلن هذا الأخير قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو فقد أهليته فإن العقد لا يتم إذا²⁶ يشترط لتمامه أن يصل القبول إلى الموجب (المادة 61 ق.م).
- أما إذا كان التعبير عن الإرادة صادر من القابل ثم مات أو فقد أهليته فإن تعبيره يبقى قائما وينتج أثره عند إتصاله بعلم الموجب وعليه ينعقد العقد هذا ما لم يتبين العكس من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن الشخص القابل محل إعتبار في العقد كما لو كان هذا القابل فنانا وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه القبول هنا يسقط بموت القابل أو فقده أهليته.⁽¹⁾

المطلب الخامس : التعبير عن الإرادة الصادرة من النائب :

الفرع الأول : تعريف النيابة

هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع إنصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل والنيابة إما قانونية كالولي والوصي والحارس القضائي وإما إتفاقية كالوكيل فهو نائب إتفاقي مصدر نيابته عقد الوكالة , لقد نص المشرع الجزائري على النيابة في المواد 73- 77 ق.م .

الفرع الثاني : شروط النيابة في التعاقد حتى تكون هناك نيابة يجب توافر 3 شروط .

أولا : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل:

هنا يشترط في التعاقد بالنيابة أن يحل إرادة النائب تماما محل إرادة الأصل بحيث يكون التعبير عن الإرادة في العقد صادر عن إرادة النائب لا أن ينقل الغائب تعبير إرادة الأصل وهذا هو الفرق بين النائب والرسول لأن هذا الأخير ينقل تعبير إرادة الذي أرسله وليس نائبا عنه لذلك فالتعاقد بواسطة رسول هو تعاقد بين غائبين أما التعاقد بين النائب والمتعاقد معه فهو تعاقد بين حاضرين مهما كان الأصل بعيدا عن مجلس العقد وعلى هذا ينظر إلى إرادة النائب ويشترط أن تكون خالية من عيوب الرضا كالغلط , التدليس, الإكراه, الإستغلال وإلا كان العقد قابلا للإبطال وهذا ما نصت عليه المادة 73/ ف1 ق.م " إذا تم العقد بطريقة النيابة كان الشخص النائب لا الشخص الأصل هو محل الإعتبار عند النظر في عيوب الرضا أو في أثر العلم لبعض الظروف الخاصة أو إفتراض العلم بها حتما " كما أنه ينظر إلى حسن النية أو سوءها لدى النائب لا لدى الأصل غير أنه إذا كان النائب وكيفا ويتصرف طبقا لتعليمات معينة²⁷ صدرت إليه من الموكل فإن نية هذا الأخير (الموكل) هي التي تؤخذ بعين الاعتبار.

1- د. علي سليمان . المرجع السابق .ص36

وهذا ما نصت عليه المادة 73 ف2 /ق.م " غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صادرة عن موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها "

وعلى كل إذا كان القانون ينص على أن إرادة النائب هي موضع إعتبار في تقدير كذلك لأن العقد ينعقد بإرادة النائب غير أن الآثار تنصرف إلى الأصيل إلا فيما يتعلق بالنيابة القانونية التي ينظر فيها كذلك إلى أهلية النائب (1).

ثانياً : أن يلتزم النائب حدود النيابة

فهنا يب على النائب أن يتعاقد في الحدود التي وكل فيها دون أن يتجاوزها ولا ينصرف أثر العقد دون أن ينصرف أثر الحق إلى الأصيل إلا في هذه الحدود وهذا ما نصت عليه المادة 74 ق.م " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " غير أنه وردا إستثناء على هذا الشرط وهذا في حالة ما إذا كانت نيابة النائب قد إنقضت دون علمه ودون علم من تعاقد معه ومع ذلك أبرم العقد بإسم الأصيل ففي هذه الحالة النائب تجاوز حدود النيابة ومع ذلك ونظرا لحسن نيته ولحسن نية معنى تعاقد معه ينصرف أثر العقد إلى الأصيل وهذا ما نصت عليه المادة 76 ق.م " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه " (2)

ثالثاً : أن يكون تعامل النائب لحساب الأصيل وباسمه لا لحسابه هو أو باسمه هو

وهو أن يظهر النائب أمام الغير بأنه يتعاقد لحساب الأصيل وباسمه حتى يكون الغير عالماً بذلك فيطالب الأصيل بما عليه من حقوق والتزامات وإذا علم الغير بأنه يتعاقد لحساب الأصيل وأنه نائب فلا حاجة له أن يصرح إلى ذلك كما في حالة الوصي الذي يتعامل لحساب القاصر فالغير يكون عالماً بذلك أو من المفترض حتماً أن يعلم به وهذا ما نصت عليه المادة 75 ق.م " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائن أو مدين إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه نائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " (3)

1- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص66

2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق ص42

3- المرجع نفسه. ص43

الفرع الثالث : آثار النيابة في التعاقد

1- العلاقة بين النائب ومن تعاقد معه:

ينصرف أثر العقد هنا إلى الأصيل ولا علاقة لها بالنائب .

2- العلاقة بين الأصيل ومع من تعاقد معه النائب :

بمجرد تمام العقد تقوم علاقة مباشرة بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب ويختفي شخص النائب.

3- العلاقة بين النائب والأصيل :

فيحدها إما العقد إذا كانت النيابة إتفاقية وإما القانون إذا كانت النيابة قانونية .

الفرع الرابع : تعاقد الشخص مع نفسه

تنص المادة 77 ق.م " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة عما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة " هذه المادة لا تجيز تعاقد الشخص مع نفسه إلا في حالات معينة:

1- إذا رخص الأصيل للنائب مقدما أن يتعاقد مع نفسه جاز له ذلك طالما أنه لم يخرج عن

حدود

2- إذا أجاز الأصيل تصرف النائب يعد أن تعاق هذا الأخير مع نفسه فهنا يكون تصرف النائب

الذي تجاوز حدود النيابة صحيحا وناظدا في حقه .

3- ما يجيزه القانون وما تقضي به قواعد التجارة كأن يجيز للوصي إيجار مال القاصر لنفسه

أو في حالة تعامل الوكيل باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد التجارة⁽¹⁾

المبحث الخامس : توافق إرادتين

سبق أن رأينا أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين

(المادة 59 ق.م) وعليه فلكي يتم العقد يجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول لذلك سنستعرض كل منهما

²⁹على حدا.

المطلب الأول : الإيجاب

1- د. علي علي سليمان . الرجوع السابق . ص45

الفرع الأول : تعريفه

هو التعبير الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم وبات عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث³⁰ إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد وعليه طبقاً لهذا التعريف سنستخلص شروط الإيجاب وهي

أولاً : يجب أن يكون الإيجاب باتاً

أي أن يكون صادراً عن نية باته وجازمة نية التعاقد , فإذا لم يكن التعبير باتاً كان يقصد به صاحبه إستطلاع (أي الطرف الآخر فيما يدعوا إليه من تعاقد. فإن ذلك لا يكون إيجاباً وإنما يعتبر من قبيل الدعوة إلى الدخول في مفاوضات حول العقد المراد إبرامه , وهذه المفاوضات قد تنتهي إلى عرض بات من أحدهما . وقد تقطع دون أن تنتهي إلى أي شيء وكون التعبير باتاً في دلالاته على نية (إرادة) التعاقد فهذا لا يتعارض مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية كما إذا أعلن تاجر عن بيع بضاعته بثمن معين على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية . فإذا تم القبول تم تغيير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد بإقترانه بهذا الإيجاب . (كعرض شخص على الجمهور شيء ذا كمية محدودة) أماكن , مسرح ملعب , بينما يكون هذا إيجاباً ضمناً , معلقاً على شرط عدم نفاذ الكمية) .

ثانياً : أن يكون التعبير عن إرادة كاملاً (الإيجاب كاملاً)

وذلك بأن يتضمن 25 الإيجاب العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه , ولا يشترط هنا التعرض للمسائل التفصيلية للعقد إذ يمكن الإستغناء عنها بالرجوع إلى القواعد المكتملة , وعلى ذلك فكل تعبير عن الإرادة لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه لا يعتبر إيجاباً كأن يعرض شخص البيع بتخفيضات كبيرة أو بشروط مغرية مادامت هذه الشروط . وبخاصة الثمن البيع لا تحدد في العرض , أو وضع لاقطة على منزل بغرض البيع لا يعد هذا إيجاباً بل دعوة إلى التفاوض . ولا يلزم كذلك مكان وزمان التسليم ونفقاته إذا عند الإختلاف فإنه يرجع إلى القواعد المكتملة في ذلك.

الفرع الثاني: القوة الملزمة للإيجاب :

تنص المادة 63 ق.م " إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه على إنقضاء هذا الأجل " .

فقرة 02 : " وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة "

معنى هذه المادة : أنه إذا وصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه وكان له ميعاد ففي هذه الحالة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة يستخلصها القاضي من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة : أمثلة كالعقد عن طريق المراسل فهناك يقتضي مراعاة المدة التي تصل فيها الرسالة والبت فيها والرد عليها أو كأن يكون الإيجاب خاصاً ببيع بشرط التجربة فإن طبيعة المعاملة تفيد بإقتران الإيجاب بميعاد ضمني للقبول يتحدد بالوقت اللازم للتجربة وإذا لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه فهنا يستطيع الموجب أن يعدل عن إيجابه .

الفرع الثالث : سقوط الإيجاب : يسقط الإيجاب في الحالات التالية :

- 1- إذا رفض الموجب له الإيجاب .
- 2- إذا إنقضت المدة المحددة أو بعد مراعاة ظروف الحال أو طبيعة المعاملة دون تلقيه القبول.
- 3- إذا لم يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه
- 4- إذا يخلف شرط الذي علق عليه الإيجاب .
- 5- إذا كان التعاقد بين حاضرين وإنقضى مجلس العقد دون أن يصدر فيه قبولاً

المطلب الثاني : القبول

الفرع الأول : تعريفه

هو التعبير البات عن إرادة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب وهو الإرادة الثانية التي يتم فيها العقد لأن العقد لم يتم إلا باتفاق الإرادتين وبما أن القبول هو تعبير عن الإرادة فقد يكون صريحاً أو ضمناً أو سكوت ملابس ويشترط في القبول الشرطين التاليين:⁽¹⁾

أولاً : يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب معنى التطابق أن كل مسألة وردت في للإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر وعلى ذلك فلا يكون قبول ينعقد به العقد , القبول الذي يتضمن زيادة أو نقصان أو تعديلاً للإيجاب بل يكون هذا رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً لا ينعقد العقد إلا بقبوله وجه الإيجاب وهذا ما نصت عليه م66 ق.م " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً " ويجب أن يتطابق القبول مع الإيجاب في كل مسألة وردت فيه سواء كانت جوهرية أو ثانوية مادامت مذكورة في الإيجاب غير أنه إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد وإختلفا بمسائل يتفقان عليهما فيما بعد ولم يشترط أن العقد لا عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فعلى المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعدالة م65 ق.م ومثال ذلك أن يتفق طرف العقد في البيع على المبيع والثمن وفي الإيجار على العين المؤجرة والمدة وثمن الإيجار ولم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية الأخرى كتحديد مكان وزمان التسليم ونفقاته ومن يتحمل قيمته الإشتراك في الكهرباء والغاز والماء.⁽²⁾

ثانياً : يجب أن يتم القبول في خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً (صدور القبول قبل سقوط

الإيجاب) فهنا لو صدر بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول م66 ق.م وإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ولم يتضمن تحديداً لميعاد القبول فإنه يبقى قائماً إلى أن ينقضي مجلس العقد م64 ق.م كما أن طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف إذا كانت تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر نظرية بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب م68 ق.م

الفرع الثاني : القبول في عقود المزايدة

يتم القبول في عقود المزايدة بمجرد رسو المزاود على أحد الأشخاص المشتركين م69 ق.م .

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص118

2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص79

الفرع الثالث : القبول في عقود الإذعان

تنص المادة 70 ق.م " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتنا "

المطلب الثالث : تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد

إن أهميته تحديد مكان إنعقاد العقد تظهر فيما يتعلق إختصاص القضائي إذ أن القانون ينص غالبا على تقرير الإختصاص للمحكمة التي يتم في دائرتها إنعقاد العقد .
ولتحديد زمان ومكان العقد يجب أن نفرق بين التعاقد بين حاضرين وتعاقد بين غائبين .

المطلب الرابع : التعاقد بين حاضرين :

هو التعاقد الذي يكون فيه التعبير الذي يصدر من أحد الطرفين يعلم به الآخر في ذات الوقت الذي تصدر فيه . فهنا يشترط أن يكون الطرفان على إتصال مباشر بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر في الوقت نفسه وعلى ذلك لا يشترط الحضور المادي ومواجهة أحدهما الآخر بل يعتبر التعاقد بين حاضرين عن طريق الهاتف أو بأية وسيلة أخرى بحيث يكون الإتصال مباشرا على تفصيله فترة من الزمن (هنا تعاقد بين حاضرين وقد يكون حقيقة أي بالأبدان في المكان والزمان نفسه).⁽¹⁾

المطلب الخامس : التعاقد بين غائبين :

هو التعاقد الذي يتم بين شخصين يباعد المكان بينهما ويفصل الزمن بين إيجاب أحدهما وقبول الآخر وهذا الفاصل الزمني هو المميز بين التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين غائبين ومن صور التعاقد بين غائبين التعاقد عن طريقة المراسلة بالبريد أو الرق أو عن طريق رسول أما إذا كان المتعاقدين غائبين وتعاقدا عن طريق الهاتف فنحن أمام تعاقد بين حاضرين ولكن متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين في هذا الصدد ظهرت نظريتان :⁽²⁾

الفرع الأول : نظرية إعلان القبول

تقوم هذه النظرية على أساس أن العقد ينعقد بتلاقي إرادتين متطابقتين وعليه بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب ينعقد العقد وتعتمد هذه النظرية على الإعتبرات العلمية من حيث أن مقتضيات الحياة التجارية السرعة في التعامل إذا يستطيع القابل بمجرد إعلان قبوله أن يطمئن إلى النفقة تعامله مع الغير على هذا الأساس لمن ما يؤخذ على هذه النظرية أنه لكي ينتج التعبير عن الإرادة أثره وينعقد العقد لابد أن يتصل القبول بعلم الموجب وهنا قد لا يعلم الموجب بهذا القبول كما أن هذه النظرية تجعل أمر إنعقاده أعقد³² في يد القابل وهذا ما يجعل زمان إنعقاد العقد يتوقف على محض إرادته⁽³⁾ .

الفرع الثاني : نظرية تصدير القبول :

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص124

2- المرجع نفسه. ص125

3- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق ص 127

هذه النظرية قريبة من السابقة ولو حاولت أن ما وجه إليها من نقد وخاصة فيما يتعلق بجعل أمر إنعقاد العقد في يد القابل لإقتراح أنصارها أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول وإنما بتصديق أي إرساله فعلا كأن يلقي به في صندوق البريد أو يسلم لموظف البريد لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أن القبول لا يعني وصوله إلى علم الموجب كما أن تصديق القبول لا يعني كذلك أنه قد خرج بصفة نهائية من القابل , حيث يستطيع هذا الأخير إسترداد الرسالة قبل وصولها وذلك وفق ما تسمح به لوائح البريد في علم الموجب وبالتالي لا ينعقد العقد . (1)

الفرع الثالث : نظرية وصول القبول :

" تسليم القبول: تذهب هذه النظرية إلى أبعد من النظريتين السابقتين بحيث أنها لا تكتفي بإعلان القبول أو تصديره بل تلتزم بالإضافة إلى ذلك وصوله إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم به لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أن وصول التعبير واقعة مادية وليست قانونية لأن الوصول غير قاطع في دلالته على علم الموجب وبالتالي لا ينعقد العقد . (2)

الفرع الرابع : نظرية العلم بالقبول

حاولت هذه النظرية أن تتجنب الإنتقادات الموجهة للنظرية السابقة بحيث أنها إعتبرت أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به ولكنه غير قاطعة إذ يجوز للموجب إثبات عدم علمه به (بالقبول) رغم وصوله إليه لغيايه أو مرضه مثلا , وقد أخذت معظم التشريعات العربية بهذه النظرية وهنا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 61 ق.م والمادة 67 ق.م (3)

المطلب السادس : الوعد بالتعاقد

هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد بإبرام عقد معين في المستقبل مع شخص يسمى الموعود له . حينما يفصح هذا الأخير عن رغبته خلال الموعد المحدد إتفاقا ولقد نصت المادة 71 ق.م على الوعد بالتعاقد بقولها " الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها إذا إشتراط القانون لتمام العقد إستفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

فالوعد بالتعاقد مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي وقد يكون الوعد إما من بيع العين المؤجرة إذا رغب في شرائها في مدة معينة وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزم لجانبين كأن يريد شخصان إبرام عقد ولكن تمنعهما عقبة معينة يستلزمها العقد لإتمامه كاستخراج وثائق ضرورية أو صدور قرار إداري بذلك فهنا يتم إبرام عقد ملزم لجانبين يعد فيه كلا من المتعاقدين الأخر بإبرام العقد عند زوال تلك العقبة (4) .

1- المرجع نفسه. ص128

2- د. محمد صيري السعدي . ص81

3- المرجع نفسه. ص82

4- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص46

الفرع الأول : شروط الوعد بالتعاقد

وهي التي نصت عليهما المادة 71 السابقة الذكر وأن يخلفها يجعل العقد باطلا وهي :

1. الإتفاق في الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه .
2. تحديد المدة التي يلتزم فيها الواعد بإبرام العقد الموعود به قد تحدد صراحة (أشهر – سنة) وقد يستفاد ضمنا كالوعد مثلا بإيجار مكان في معرض معين يقام في فترة الصيف .
3. وجوب إفراغ الوعد في الشكل الذي يتطلبه القانون للعقد الموعود به إلا وقع باطلا كالوعد ببيع عقار, الوعد برهن رسمي ..م324 مكرر 1 ق.م

يشترط الأهلية الكاملة في الواعد أما الموعود له فلا يشترط فيه الأهلية الكاملة غلا عند إعلان رغبته في إبرام العقد الموعود به ويكفي أن يكون مميزا عند صدور الوعد له وهذا في الوعد من جانب واحد , أما في الوعد من جانبين فيجب أن تتوافر أهلية التعاقد عند صدور الوعد لكليهما.

الفرع الثاني : آثار الوعد بالتعاقد

إذا إنعقد الوعد صحيحا بكافة شروطه السابقة الذكر فإن الأثر المترتب عليه يختلف فيما إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين :

فإذا كان الوعد ملزم لجانب واحد يلتزم الواعد بالبقاء على وعده حتى يظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة في الوعد أما إذا مضت المدة دون أ، يعلن الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد فإن الوعد يسقط .⁽¹⁾

أما إذا كان الوعد ملزم الجانبين فبحلول الأجل المحدد لإبرام العقد النهائي يلتزم الطرفين إبرامه وعليه يترتب على ذلك أنه في وعد الملزم لجانب الواحد وقبل إعلان الموعود له وفي الوعد ملزم لجانبين وقبل حلول الأجل المحددة يكون الواعد ملزما بالالتزام شخصي نحو الموعود له فتكون ملكية الشيء الموعود للواعد وإذا هلك هذا الشيء كان تبعه على الواعد إذا نكل الواعد ورفض تنفيذ العقد كان للموعود له مطالبته بذلك وهذا عن طريق إستصدار حكم قضائي وهو ما نصت عليه المادة 72 ق.م " إذا وعد شخص بإبرام عقد تم وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق³⁴ منها بشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد " .

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص139

المطلب السابع : التعاقد بالعربون

الفرع الأول : العربون

مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ويحدث ذلك كثيراً في عقود البيع والإيجار وقد يكون الغرض من العربون العدول ومقابل خسارة قدر هذا العربون أو أكثر وقد يكون الغرض منه تأكيد إنعقاد العقد باعتبار أن دفع العربون دليل على الإرادة الحادة في تنفيذ العقد وعليه يكون للعربون دلالتين دلالة البت ودلالة العدول ولو أن القوانين اللاتينية تأخذ بدلالة العدول أما القوانين الجرمانية فإنها تأخذ بدلالة البت أما القوانين العربية فمعظمها يأخذ بدلالة العدول . (1)

على غرار المشرع الجزائري الذي نص على ذلك في المادة 72 مكرر ق.م " يمنع دفع العربون عند إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الإتفاق بخلاف ذلك فإن عدل من دفع العربون فقدته وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

الفرع الثاني : أحكام العربون : يختلف أحكامه باختلاف دلالاته :

✓ ففي حالة الدلالة على العدول يكون العربون مقابل هذا الحق فإن عدل الذي دفع العربون فقدته وإذا عدل من قبضه رد ضعفه (المادة 72 مكرر).

✓ أما في حالة الدلالة على البت فإن دفع العربون من تنفيذ جزئي للعقد يجب إستكمالها ولا يجوز لأي من الطرفين أن يعدل عنه فإذا لم يبعد أحدهما إلتزامه جاز للطرف الآخر عليه التنفيذ العيني أو فسخ مع التعويض وغير ذلك طبقاً للقواعد العامة .

المبحث السادس : صحة التراضي

مقدمة :

لا يكفي أن يكون التراضي موجوداً بل يشترط أن يكون صحيحاً وتكمن شروط صحته إذا كان كل من المتعاقدين كامل الأهلية وغير مصاب بعارض من عوارضه كالجنون والعتة والسفه والغفلة وإن تكون إرادته خالية من عيوب كالغلط والتدليس والإستغلال والإكراه .

المطلب الأول : الأهلية

تنص المادة 78 ق.م " كل شخص أصل التعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية³⁵ أو فاقدها بحكم القانون " والأهلية قد تكون أهلية أداء وقد تكون أهلية وجوب.

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 85

الفرع الأول : أهلية الوجوب

وهي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات وهي تثبت للإنسان منذ ولادته حيا وعليه فهي ليست مرتبطة بالقدرة العقلية للإنسان ولا بمقدرته على التمييز.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أهلية الأداء

هي قدرة الشخص على التصرف في أمواله وهي لا تثبت لأي شخص كما في أهلية الوجوب وإنما تبقى مرتبطة بقدرة الإنسان على التمييز وهي تختلف من شخص لآخر وما رد ذلك صغر السن أو الإصابة بعارض من عوارض الأهلية وقدرة الإنسان في تصرف في أمواله مرتبطة إرتباط وثيق بمراحل نمو سنه الذي يمر به وفقا للقانون وهي 3 مراحل :⁽²⁾

المرحلة الأولى:

1- وتبدأ منذ ولادة الإنسان حيا إلى غاية 13 سنة فالشخص هنا عديم الأهلية وغير مميز أو فاقد التمييز وقم فإن تصرفاته تعتبر باطلة بطلانا مطلقا لأنه لا يعتبر أهلا لمباشرة حقوقه المدنية وهذا ما نصت عليه المادة 42 ق.م " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون"

الفقرة 2: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة "

المرحلة الثانية:

2- تبدأ من بلوغ الشخص سن 13 سنة إلى بلوغه 16 سنة فيكون الشخص هنا مميز ولكن ناقص الأهلية نظرا لكون مداركه العقلية لم تكتمل وخبرته مازالت قليلة فهو لديه المقدرة على التصرفات القانونية ولمنها تبقى غير كافية إذ يفرق بين التصرفات النافعة نفعنا محصنا كقبول المحبة والتصرفات الضارة محصنا كأن يهب شيئا من ماله وقد تكون دائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار وقد نصت المادة 43 ق.م .

" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكوم ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " ⁽³⁾

المرحلة الثالثة :

3- تبدأ من إكتمال الشخص سن 19 إلى غاية وفاته وهي مرحلة سن الرشد وتعتبر كل تصرفاته صحيحة النافعة والضارة وهو كامل الأهلية وقد نصت المادة 40 ق.م " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"

المطلب الثاني : عوارض الأهلية

قد يبلغ الإنسان سن الرشد ولكن قد تتعرض أهلية لعارض من عوارض كالجنون والعتة والسفه والغفلة.

1- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص 69

2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 87

3- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 50

الفرع الأول : الجنون

هو آفة تصيب عقل الإنسان وتجعله عديم الأهلية لا يقدر على التمييز وبالتالي لا يستطيع القيام بتصرفات القانونية سواء كانت في صالحه أم لا مما يجعل كل تصرفاته باطلة بالبطلان مطلقا المادة 42 ق.م (1)

الفرع الثاني : العته

آفة تصيب العقل ولكنها لا تؤدي إلى ذهابه كله تجعل صاحبه مختلط الكلام , قليل الفهم وهو في حكم الجنون بمعنى أن تصرفات المعتوه باطلة بطلان مطلق المادة 42 ق.م . (2)

الفرع الثالث : السفه

هو تبذير للمال على غير مقتضى العقلي والشرع أي بدون مبادلات ولقد إعتبر المشرع الجزائري السفه ناقص بمعنى أن تصرفاته قابلة للإبطال . (3)

الفرع الرابع : الغفلة

هي عدم الخبرة والدراية والمعرفة اللازمة لحقائق الأمور في التصرفات المالية التي يبرمها ذو الغفلة ويأخذ كم السفه بمعنى أنه يعتبر ناقص الأهلية وتصرفاته قابلة للإبطال المادة 43 ق.م (4)

المطلب الثالث : موانع الأهلية

قد يكون الشخص كامل التمييز وتثبت له أهلية الأداء ومع ذلك لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه فيتدخل القانون ليقرر تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه لمباشرتها لقيام مانع يمنعه من ذلك كالعاهة والغيبية .

الفرع الأول : العاهة

تنص المادة 80 ق.م " إذا كان الشخص أصم , أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته"
الفقرة 2 : " ويكون قابل للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من شخص الذي تقررت³⁷ مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 54

2- المرجع نفسه. ص 54

3- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 162

4- المرجع نفسه. ص 162

الفرع الثاني : الغيبة

لقد عرفت المادة 110 ق الأسرة الغائب بأنه " هو الذي منعه ظروف قاهرة الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر " تعين له المحكمة وكيلا ليقوم بتصرفات نيابة عنه³⁸تحقيقا لمصلحة أسرته.

المطلب الرابع: مدى تعلق الأهلية بنظام العام :

تنص المادة 45 ق.م " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها " هذه القاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها لتعلقها بالنظام العام فلا يجوز للأشخاص الإتفاق على مخالفة القواعد بالأهلية ولا يتنازل عنها .

المطلب الخامس : عيوب الإرادة

يجب التمييز بين الإرادة المعدومة (كالإرادة الصادرة عن المجنون والسكران والصبي والإرادة المعيبة فهي موجودة ولكن شابها عيب كالغلط والإكراه والتدليس والإستغلال وهنا يكون العقد قابل للإبطال وقد نص المشرع الجزائري على عيوب الإرادة من المادة 81 ق.م إلى 91 ق.م

الفرع الأول : الغلط

تنص المادة 81 ق.م "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله. " ويعرف الغلط على أنه إعتقاد مخالف لحقيقة الواقع يقوم في ذهن الإنسان عند إبرام عقد معين في دفعه إلى التعاقد ما كان ليبرمه لو علم الحقيقة وحتى يكون العقد قابل للإبطال يجب أن يكون الغلط جوهريا .⁽¹⁾

أولا : الغلط الجوهري :

وهو مانصت عليه المادة 81 ق.م السابقة الذكر وعرفته المادة 82 ق.م بقولها " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من بحيث يمتنع منه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط " و" يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية"
الفقرة 2: " إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد " .

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري عند نصه على أن الغلط الجوهري هو الذي يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو علم المتعاقد لما أبرم العقد فهنا قد أخذ بالمعيار الشخصي الذي يكون له شأن في نفسه المتعاقد ولكنه يبقى معيار صعب وغامض لمعرفة الغلط الجوهري لذلك دعمه المشرع بضوابط موضوعية تساعد القاضي على معرفة الغلط الجوهري وهذا في الفقرتين 2,3 من نص المادة 82 ق.م السابقة الذكر وهو ما يسمى بالغلط في الواقع⁽²⁾

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق .ص56

2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص165

1. الغلط في صفة الشيء:

يكون الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة الشيء وكانت هذه الصفة هي التي دفعت المتعاقد لإبرام العقد مثل شراء شيء يظن أنه تحفة أثرية أو يشتري شخص قماش على أنه قابل للغسيل ثم يتبين أنه غير كذلك.

2. الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته:

وتبدو هذه المسألة في عقود التبرع كأن يتبرع أحد الأشخاص من لشخص لذاته أو لصفة متوافرة فيه فإن الغلط في ذات شخص المتبرع له أو الغلط في صفقة يكون معيباً للإرادة وقد يكون الغلط في مسائل أخرى كأن تفرض طبيعة المعاملة كفاءة معينة أو شهرة خاصة كالتعاقد مع فنان يعتقد المتعاقد أنه ذو كفاءة عالية أو شهرة واسعة بينما يتبين له أنه ليس كذلك أو يأجر شخص يمكنه لأخر يعتقد أنه حسن السمعة وإذا به سيئ السمعة (1)

ثانياً : الغلط في القانون

تنص المادة 83 ق.م " يكون العقد قابل للإبطال لغاط في قانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81, 82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك " والغلط في القانون يجعل العقد قابل للإبطال ويكون في حالة ما يتصور أحد الأشخاص حكم القانون على غير حقيقة ففي هذه الحالة يعتبر غلطاً معيباً للإرادة مادام كان جوهرياً أي متى كان الدافع إلى التصرف إليه بحيث لولاه لما أقدم الغالط على إبرامه كأن ينتازل شخص على نصيبه في التركة معتقداً على أنه يرث الربع ثم يكتشف أنه يرث النص جاهلاً بحكم القانون ففي هذه الحالة يجوز لذلك الشخص أن يطعن في هذا العقد على أساس غلطة في حكم القانون .

ونلاحظ المادة 83 ق.م نصت على عبارة " ما لم يقضي القانون بغير ذلك " أي يمكن للقانون أن ينص على أن الوقوع في الغلط في القانون لا يؤدي إلى إبطال العقد كنص المادة 465 ق.م " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون " (2)

ثالثاً : الغلط المادي

تنص المادة 84 ق.م " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب أن يطلب إبطاله"

الفرع الأول : إثبات الغلط

تنص المادة 81 ق.م " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله " فمن يدعي أنه وقع في غلط يقع عليه عبء الإثبات ويكون بجميع الطرق ولكن إذا عارض الطرف الآخر على الغالط أن يزيل هذا الغلط فلا يكون هناك مبرر لإبراز الغالط على طلب إبطال العقد لأن هذا يتعارض مع مبدأ³⁹ حسن النية في تنفيذ العقود وهذا ما نصت عليه المادة 85 ق.م

1- د. علي فيلالي . المرجع السابق . ص165

2- المرجع نفسه. ص166

الفرع الثاني : التدليس

تنص المادة 86 ق.م " يجوز إبطال التدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد "

الفقرة 2: " ويعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "

أولا : شروط التدليس

1- استعمال طرق إحتيالية: الطرق الإحتيالية تنطوي على جانبين :

أ- جانب مادي : كالكذب أو إستخدام بيانات مزورة أو التظاهر بالسفه أو عن طريق الكتمان وذلك بإخفاء معلومات وبيانات من شأنها أن تظل الشخص الآخر حتى ولو كانت لا تظلل غيره من الناس لذلك فإن القاضي هنا يأخذ بالمعيار الشخصي للتدليس .

ب- الجانب المعنوي: وهو وجود نية خديعة والتضليل والحيلة والوصول إلى غرض. (1)

2- أن تكون الطرق الإحتيالية هي الدافع إلى التعاقد :

وهذا ما نصت عليه المادة 86 ق.م السابقة الذكر والتي أكدت أن الإحتيال الذي وقع على الطرف الآخر يجب أن يكون جسيما بحيث لو علم به لما أبرم العقد والمعيار هذا كذلك معيار شخصي والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

3- أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو على الأقل يكون على علم به:

فهنا يجب أن يكون التدليس صادرا من المدلس فإن كان غير صادر منه ولكنه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم به جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب إبطال العقد وهذا ما جاءت به المادة 87 ق.م " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس "

الفرع الثالث : الإكراه

هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد رهبة وخوفا في نفسه تدفعه إلى التعاقد (2) بنص المادة 88 ق.م " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص سلطات رهبة بنية بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن جسيما محققا بصدده هو أو أحد أقاربه⁴⁰ في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال "

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص175

2- المرجع نفسه. ص181

وعليه فلا إكراه كعيب من عيوب الإرادة يؤثر فيها ولا يجعلها حرة في إبرام التصرف القانوني مما يجعل العقد⁴¹ قابل للإبطال.

أولا : شروط الإكراه

- 1- **إستعمال وسائل الإكراه بصدد خطر جسيم محقق**: أي إستعمال وسائل معينة أو أحد أقاربه خطر جسيم محقق الوقوع في جسمه أو ماله أو سرقة هذه الوسائل قد تكون مادية كالضرب أو الإيذاء الجسدي وقد تكون معنوية كالتهديد والضغط النفسي الذي يولد رهبة وأما في نفس المكره الخطر لا بد أن يكون محققا والعبارة في ذلك نفسية الشخص المكره بمعنى أنه لو إستخدم وسائل غير جدية ولكنها مع ذلك ولدت رهبة في نفس المتعاقد وصورت له خطرا جسيما يهدده فإن هذا يكفي لإفساد إرادته. (1)
- 2- **أن تكون الرهبة في النفس هي الدافع للمتعاقد**: أي أن يقع في نفس المتعاقد خوف ورهبة كدفعه إلى التعاقد بحيث لولاها لما أبرم العقد ولمعرفة ما إذا تولدت رهبة في نفس المتعاقد أم لا يجب أن تضع في الإعتبار جنس المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية... إلخ وهذا ما أخذاه به المشرع الجزائري الذي إعتدما على المعيار الشخصي وذلك في نص المادة 88 الفقرة 5 ق.م" ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامه الإكراه. (2)
- 3- **اتصال الإكراه بالطرف الأخر**: استعمال الإكراه لا بد أن يتم عن طريق شخص معين إتجهت إرادته إلى إجبار المتعاقد الأخر إلى إبرام التصرف الثانوي بواسطة وسائل عديدة للإكراه غير أنه صدر الإكراه من شخص آخر غير المتعاقد فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه وهذا ما جاءت به المادة 89 ق- م

الفرع الرابع : الإستغلال

هو عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يلتزم به نتيجة استغلال المتعاقد الأخر له تنص المادة 90 فقرة 1 ق.م

1- د. نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق . ص183

2- د.علي علي سليمان المرجع السابق . ص66

3- المرجع نفسه. ص67

" إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع الإلتزامات المتعاقد الآخر المجني لم يلزم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه حسا بينا أو موعدا جامحا جازا للقاضي بناء على طلب المتعاقد الآخر المجنون أن يبطل العقد أو ينقص الإلتزامات هذا المتعاقد (3).

أولا : شروط الإستغلال

1/ الشرط المادي :

هو عدم التعادل والتفاوت بين ما يحصل عليه الشخص وما يلتزم به بحيث تكون إلتزامات أحد المتعاقدين أقل بكثير من إلتزامات المتعاقد الآخر القاضي هو الذي يقدر هذا التفاوت في الإلتزامات فهو يأخذ بالمعيار المادي لأن تحديد هذه الإلتزامات يتم عادة حسب الوقائع وهذه الظروف وملابسات كل حالة على حدا كما يمكن ملاحظة هذا التفاوت بشكل واسع في عقود المعوضة المحددة حيث يعلم كل متعاقد ماله وما عليه من يوم إبرام العقد .

2/ الشرط المعنوي :

هو إستغلال ضعف في المتعاقد المغبون وهذا الضعف يتمثل في الطيش الكلي والهوى الجامح بحيث لولاهما لما أبرم هذا المتعاقد العقد والطيش هو الخفة والتسرع وعدم المبالاة بالنتائج ما الشاب الوارث الراغب في الحصول على نقوده بأية وسيلة كانت لسد حاجته لبزخ والتبذير فيأخذ في بيع أمواله بثمن بخص أما الهوى فهو الرغبة التي تتملك على الإنسان زمام نفسه فيجد نفسه منقوعا إلى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى دون أن يستطيع مناقشة أو خيار كان يتزوج رجل كبير في السن صبية في مقتبل العمر ويتعلق بها تعلقا يسلبه القدرة على رفض أي طلب لها خوفا من هجرها له (1).

ثانيا : جزاء الإستغلال : تنص المادة 90 في نهاية فقرتها الأولى:

" جازا للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد " كما تنص المادة 90 الفقرة 3 ق.م " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " من خلال هذين النصين يتبين لنا أن جزاء الإستغلال عند توافر شروطه يكون إما بإبطال العقد أو إنقاص الإلتزامات والمسألة هنا جوازيه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع غير أنه طلب المتعاقد المغبون إنقاص الإلتزامات فلا يجوز للقاضي إبطال العقد لأنه لا يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم كما يجوز في عقود المعاوضة للمتعاقد الذي صدر منه الإستغلال أن يتوفى الحكم بإبطال العقد إذا عرض زيادة في الإلتزاماته هو يراها القاضي كافية لرفع الغبن.

4- تسقط دعوى الإستغلال بمضي سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة " المادة 90 الفقرة 2 ق.م " أما مدة دعوى الغلط والتدليس والإكراه فهي 5 سنوات من وقت كشف الغلط أو التدليس أو إنقطاع⁴² الإكراه و 10 سنوات من وقت تمام العقد "المادة 101 ق.م "

المبحث السابع: المحل

المحل

هناك من الفقهاء من يفرق بين محل الإلتزام ومحل العقد وعندهم أن محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد كالبيع والإيجار والتأمين وغير ذلك أما محل الإلتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن هذا الأداء قد يكون نقل حق عيني لصالح الدائن أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معين ولما كان العقد مصدرا من مصادر الإلتزام فإننا تجوزا نطلق على محل الإلتزام محل العقد .

لقد تكلم المشرع الجزائري عن المحل من المادة 92 – 95 ق.م شروط المحل هي:

المطلب الأول : أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود :

أي أن يكون الشئ الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت إبرام العقد فإذا هلك الشئ قبل التعاقد فإن العقد باطل بطلانا مطلقا أما إذا هلك الشئ محل الإلتزام بعد نشوء هذا الإلتزام فإنه ينشأ صحيحا وينعقد العقد ولكن يكون في هذه الحالة بصدد إستحالة تنفيذ العقد وإذا كانت هذه الإستحالة ليست راجعة لعمل المدين وإنما لقوة قاهرة فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه أما إذا كانت راجعة إلى فعل المدين فإن، الإلتزام لا ينقضي وبالتالي يلتزم المدين بالتعويض ويشترط هنا كذلك ألا يكون محل الإلتزام مستحيلا فإن الإستحالة المطلقة تجعل العقد باطل بطلان مطلقا " المادة 93 ق.م " كأن يلتزم شخص يبعث الروح في ميت أو يلتزم محام برفع إستئناف حكم فاته لإعادة الاستئناف وقد تكون الإستحالة نسبية كأن يتعهد شخص برسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم لكن هل يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ؟

لقد أجابت على ذلك المادة 92 الفقرة 1 ق.م "" يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا فهنا يمكن بيع المحصولان مستقبلا قبل أن ينضج أو يشتري شخص مسكنا من آخر لم يبدأ البناء فيه بعد ويشترط القانون لجواز التعامل بالأشياء المستقبلية أن تكون هذه الأشياء محققة الوجود أي في الإمكان توافرها لكن رغم ذلك فقد أستثنى المشرع الجزائري التعامل في تركة إنسان وهو على قيد الحياة حتى لو كانت برضاه وهذا ما نصت عليه المادة 92 فقرة 2 ق.م " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص194

والمقصود بالتركة هي مجموع ما للشخص من أموال وعليه من ديون منظور إليها وقت الموت فإذا جرى التعامل بهذا المجموع أو بجزء منه أثناء حياة الشخص اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا لأنه يحمل المضاربة على موت المورث وإستعجال وفاته والمضاربة على حياة الإنسان منافية للأداب والنظام العام ويستوي أن يكون التعامل قد وقع بين أحد الورثة وأجنبي عنهم أو بين وارث ووارث آخر والمشرع الجزائي لم ينص على قسمة المورث وهو حي غير أنه أجاز التصرف في تركة الشخص وهو على قيد الحياة بما في الوصية⁴³ وهذا هو المقصود بعبارة " إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " (1)

المطلب الثاني : أن يكون المحل معينا أو قابل للتعين :

يجب أن يكون محل الإلتزام معينا عند إبرام العقد أو على الأقل قابل للتعين وهذا التجديد يجب أن يكون كافيا بحيث ينبغي الجهالة به وقد نصت المادة 94 فقرة 1 ق.م " إذا لم يكن محل معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا " ومحل الإلتزام قد يكون إعطاء شئ وقد يكون القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل معين "

أولا : إذا كان محل الإلتزام إعطاء شئ: هذا قد يرد محل الإلتزام على شئ معين بذاته وعليه يجب تحديده تحديدا دقيقا بحيث ينبغي الجهالة في التعريف عليه فإذا كان محل الإلتزام نقل ملكية منزل من المنازل وجب نكر جميع أوصاف التي تميزه عن غيره من المنازل أما إذا كان محل الإلتزام يرد على شئ غير محدد بذاته فإنه يحدد بنوعه ومقداره فإذا كان الشئ المبيع عبارة عن حبوب مثلا : وجب تحديد نوعها ومقدارها وليس مهما بيان درجة وجودة الشئ مادام في الإمكان تحديد ذلك عن طريق العرف أو أي ظرف آخر وإذا لم يكن في الإمكان تحديد ذلك إلتزم المدين بتسليم شئ من صنف متوسط المادة 94 ق.م ف2

ثانيا : إذا كان محل الإلتزام القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل: فهنا وجب أن يحدد هذا العمل تحديدا ينفي الجهالة به فإذا إلتزم مقاول ببناء منزل معين وجب أن يعني هذا البناء تعيينا دقيقا لكن إذا كان محل الإلتزام عبارة عن مبلغ من النقود فإن المدين يلتزم بالمقدار المعين أثناء التعاقد سواء إرتفعت قيمة النقود أو انخفضت وقت الوفاء (المادة 95) (2)

المطلب الثالث : أن يكون محل الإلتزام مشروعا أو مما يجوز التعامل به : تنص المادة 93 ق.م "" إذا كان محل الإلتزام مستحيل في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا "" هنا يجب أن يكون محل الإلتزام مما يجوز التعامل به وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة والأشياء التي لا يجوز التعامل فيها قد ترجع إلى طبيعتها كأشعة الشمس أو الهواء فهذه الأشياء عامة ومشتركة بين الناس ولكن إذا استحوذا شخصا على جزء من أشعة الشمس أو الهواء وحوله عن طبيعته فإنه يجوز له التعامل

1- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص 69

2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 216

3- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص 70

فيها وقد تكون الأشياء غير قابلة للتعامل لأن الغرض المقصود منها يتنافى مع التعامل فيها كأموال الدولة (الدومين العام) كالطرق والجسور فهي للمصلحة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 689 ق.م " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم" وهناك أشياء لا يجوز التعامل فيها بمحكم القانون كعدم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه مادة 92 فقرة 2 ق.م (3)

المبحث الثامن : السبب

السبب:

استلزم القانون إلى جانب الرضا والمحل وجود السبب حتى يتم العقد والسبب هو الغاية المباشرة التي يقصد الملتزم الوصول إليها من التزامه الإرادي وهذا ما يعبر عنه بسبب الإلتزام فالبايع في عقد البيع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع ويكون السبب المباشر للإلتزام هو الحصول على الشيء المبيع أما سبب العقد فهو الدافع الباعث إلى التعاقد أي الباعث الرئيسي بحيث لولاه لما فكر الشخص في إبرام العقد والسبب لهذا بمعنى هو أمر نفسي يتنوع ويتغير من متعاقد لآخر بعكس سبب الإلتزام الذي هو عنصر مجرد بسبب العقد يبقى الغرض البعيد الذي يقصده المتعاقد كالمشتري الذي يشتري منزلا قد يرمي إلى إعادة بيعه أو هدمه أو تخصيصه لسكن وهكذا يبقى سبب العقد عنصر شخصي يتغير من شخص لآخر فأى من هذين السببين يعتني به في العقد ويعتبر بالتالي ركنا فيه ؟ هنا ظهرت نظريتان : (1)

المطلب الأول : النظرية التقليدية للسبب

تطورت هذه النظرية من القانون الروماني مرورا بفقهاء الكنيسة إلى غاية القرن 17 عند ما جاء الفقيه دوما فصاغها وبلورها في شبه نظرية عامة وترى أن السبب كركن من أركان العقد هو الغرض القريب المباشر أو السبب القصدى الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء الإلتزام والسبب هنا هو عنصر موضوعي لا تؤثر فيه بواعث ودوافع المتعاقد الأخر فسبب إلترام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع هو إلترام المشتري بدفع الثمن وفي العقود الملزمة لجانب واحد فإذا كانت عقود معاوضة يكون السبب هو الإلتزام السابق الذكر أما في العقود العينية كالقرض العارية فالسبب هنا هو واقعة التسليم فسبب إلترام المقترض بدل القرض مثلا هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض أما في عقود التبرع فسبب الإلتزام هونيه التبرع ذاتها فسبب إلترام الواهب هو لنية التي تحده في أن يتبرع للموضوع له ويشترط أنصار هذه النظرية أن يكون السبب موجودا وصحيا . نقد النظرية التقليدية للسبب: لقد انتقدت هذه النظرية واعتبرت غير صحيحة وغير مفيدة كما أنها غير منطقية وأبرز هذه الانتقادات أنه إذا كان في العقود الملزمة لجانبه سبب إلترام البائع بنقل الملكية هو سبب إلترام المشتري بدفع الثمن والعكس بال فهذا الأمر غير صحيح وغير منطقي حيث أن الإلتزامين يوجدان في وقت واحد وفي عقد واحد فكيف يتسنى لنا القول أن إحداهما سبب للآخر أما في عقود التبرع فليست نية التبرع هي سبب إلترام المتبرع ولكنها في الواقع رضاوة أما فيما يتعلق بوجود السبب وبصحته ففي العقود

العينية . إذا لم يقع التسليم فلسنا في حاجة إلى السبب غير موجود مادام العقد لم ينشأ لتخلق ركن انعقاده وهو ركن التسليم .⁴⁴

المطلب الثاني : النظرية الحديثة للسبب

لقد أثنى بها القضاء الفرنسي بسبب الإنتقادات الموجهة للنظرية التقليدية للسبب وقد ساير الفقه الحديث هذا الإتجاه فلم يقتصر القضاء على السبب الأصلي للإلتزام بل زاد على ذلك الأخذ بالباعث الدافع إلى التعاقد وذلك لتحقيق التوازن المطلوب بين الحماية الفردية والحماية الإجتماعية فهذه النظرية تعتد بالباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد وإشترطت أن يكون هذا الباعث الرئيسي مشروعاً وأن يكون الطرف الأخر عالماً به أو على الأقل يعلم به.⁽¹⁾

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري : تكلم المشرع الجزائري عن السبب في المادتين 97, 98 ق.م دون أن يعرف لنا السبب أو يفرق بين سبب الإلتزام وسبب العقد ويلاحظ أن المشرع الجزائري يميل على النظرية الحديثة التي تعتد بالبواعث وتشتترط أن يكون السبب مشروعاً وهذا ما يفهم من نص المادتين 97, 98 ق.م

المطلب الرابع : إثبات السبب: تنص المادة 98 ق.م " كل إلتزام مفترض أن له سبباً مشروعاً مالم يقيم الدليل على غير ذلك " , " ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " هذه المادة تواجه حالتين :

الحالة الأولى: إذا لم يذكر السبب في العقد فيفترض في هذه الحالة أن للعقد سبباً مشروعاً ولكنها تبقى قرينة بسيطة يجوز للمدين إثبات عكسها بجميع طرق الإثبات.

الحالة الثانية : إذا ذكر السبب في العقد فيفترض أنه السبب الحقيقي وللمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري ولكن عليه إثبات ذلك بالكتابة لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها كما يمكن للمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد غير مشروع ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

المبحث التاسع : نظرية البطلان

المطلب الأول : مفهوم البطلان :

- 1- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص76
- 2- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص218
- 1- المرجع نفسه . ص222
- 2- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص77

هو جزء القانوني على تخلف ركن من أركان العقد أو عدم توفر شرط من شروط الصحة وقد نظم المشرع الجزائري البطلان في المواد 99-105 ق.م وقد قسم البطلان إلى قسمين : بطلان مطلق – بطلان نسبي.

الفرع الأول : البطلان المطلق:

يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه وهي التراضي والمحل والسبب ويضاف إليها ركن الشكل المطلوب في بعض العقود أو إذا تخلف شرط من شروطها الأساسية كأن يصدر التراضي من شخص لم يبلغ سن التمييز أو أن يشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكن الوجود وأن يشترط في السبب أن يكون مشروعاً كما يترتب البطلان المطلق بنص القانون كنص المادة 92 فقرة 2 ق.م والتي تمنع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه والبطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي أثر قانوني سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ولكل ذي مصلحة أن يطلب البطلان بل والمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها المادة 102 فقرة 1 ق.م⁽¹⁾

الفرع الثاني : البطلان النسبي (قابلية العقد للبطلان) :

العقد هنا قائم ولكنه معيب بعيب من عيوب الرضا وهو : نقص أهلية المتعاقد المميز والغلط والتدليس والإكراه والإستغلال كما يكون البطلان النسبي في حالات خاصة أي بنص القانون كما في حالة بيع ملك الغير المادة : 397 ويكون حق الطلب إبطال العقد لمن عيب رضاه أي أن قابلية العقد الإبطال شرعت لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية أو لمن وقع في غلط أو تدليس أو للمكره أو لمن إستغل أو في حالات خاصة (397ق.م) فإن شاء أحدهم أحاز العقد أو تنازل عن طلب الإبطال فيصح العقد ويبقى قائما ومنتجا لأثاره وليس للمحكمة أن تحكم بالإبطال من تلقاء نفسها ولكن متى قضي بإيداع العقد صار كالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أي أثر من بدايته.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري على غرار القوانين العربية يفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على أساس التفرقة بين أركان العقد أي شروط الانعقاد من جهة ثانية وهو بذلك متأثر بالفقه الإسلامي كما أنه يتفق⁴⁶ مع ما هو مستقر عليه في الفقه اللاتيني التق....

المطلب الثاني : أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي: تتجلى أهمية التفرقة في

نواح ثلاث:

1- من له حق التمسك بالبطلان .

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص246

2- كيفية تقرير البطلان .

3- سقوط الحق في التمسك بالبطلان .

الفرع الأول : من له حق التمسك بالبطلان :

1- **في العقد الباطل بطلانا مطلقا** : يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وهو ما نصت عليه المادة

102 فقرة 1 ق.م " إذا كان العقد باطلا بثلاث مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان

وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإيجازة " والمصلحة هي التي تستند إلى حق

يتأثر ببطلان العقد وتطبيقا لذلك نجد أنه لكل من المتعاقدين في العقد وخلفهما العام والخاص والدائنين

مصلحة في التمسك بالبطلان وعلى كل , فكل من له مصلحة في بطلان العقد الحق في البطلان ولو كانت

مصلحة غير مباشرة بحيث يجوز مثلا : لدائن البائع أن يتمسك ببطلان العقد حيث أن له مصلحة في

إحتفاظ البائع في ملكية الشيء المبيع ليبقى عنصرا في ضمانه العام وبالتالي يستطيع أن يستوفي حقه منه ,

وللمحكمة كذلك أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ودون طلب الخصوم (1) .

2- **في العقد القابل للإبطال** : تنص المادة 99ق.م " وإذا جعل القانون المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس

للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " في العقد القابل للإبطال لهدف مقصود منه هو حماية أحد المتعاقدين

بحيث يكون المتعاقد وحده أن يتمسك بالإبطال سواء كان ناقص الأهلية أو كان السبب هو عيب في الإرادة

فإن صاحب الإرادة المعيبة هو وحده الذي يجوز له التمسك بالإبطال ولا يجوز للمحكمة أن تقضي

بالإبطال له من تلقاء نفسها بل يجب أن يتقدم به أحد الخصوم كما يجوز للحق العام والخاص والدائنين أن

47⁴⁷ يتمسكوا بالإبطال ولكن عن طريق دعوى غير مباشرة . (2)

الفرع الثاني : كيفية تقرير البطلان

1- **في العقد الباطل بطلانا مطلقا** : العقد هنا ليس له وجود قانوني ولهذا فالأصل أنه ليس هناك اللجوء

إلى صدور الحكم ببطلانه فللبائع مثلا في عقد البيع أن يتصرف في الشيء المبيع وكأن البيع لم يكن وإذا

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق .ص248

2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق .ص77

إحتج عليه المشتري وكان لهذا البائع أن يدفع بالبطلان لكن قد تكون هناك ضرورة يستدعي اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى البطلان كأن يكون البائع مثلاً نفذ إلتزامه بتسليم الشيء المبيع وأراد إسترداده (1) ورفض المشتري فهذا يلجأ إلى القضاء للحكم بالبطلان وحكم القاضي هنا ليس منشئاً للبطلان بل كاشفاً عنه أي يكشف عن عدم وجود العقد منذ البداية .

2- في العقد القابل للإبطال : العقد هنا موجود ومنتج بكل أثاره ولكنه مهدد بالزوال فإذا لم يتفق الطرفان على إبطال العقد وجب على صاحب الحق في الإبطال (ناقص الأهلية , من عيبة إرادته) أن يرفع دعوى الإبطال والقاضي لا يستطيع أن يتمسك بالبطلان لأنه يزيل العقد الموجود قانوناً المنشئ للبطلان .

الفرع الثالث: سقوط الحق في التمسك بالبطلان : يسقط الحق في التمسك بالبطلان إما بالإجازة وإما بالتقادم والإجازة لا تكون إلا في العقد القابل للإبطال أما التقادم وهو يرد على نوعي البطلان وإن اختلفت أحكامه .

المطلب الثالث : الإجازة : هي تصرف قانوني للإرادة المنفردة يعبر فيه المتعاقد الذي يقرر الإبطال لمصلحته عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك بالإبطال (2) وهناك فرق بين الإجازة والإقرار لأن هذا الأخير هو تصرف قانوني بإرادة منفردة أيضاً إلا أنه يصدر من أجنبي عن العقد به يضيف هذا الأخير أثر العقد إلى نفسه كإقرار المالك للبيع في حالة بيع ملك الغير 398 فقرة 1 ق.م

المطلب الرابع : شروط الإجازة :

الفرع الأول : من حيث الموضوع :

- ✓ يجب أن ترد الإجازة على العقد القابل للإبطال
- ✓ يجب أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذي لحق العقد
- ✓ أن إرادة المجيز إلى النزول على حقه في الإبطال
- ✓ يجب أن تتوافر في الإجازة الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني وخاصة ما⁴⁸ يتعلق منها بالأهلية وسلامة الإرادة من العيوب (3)

الفرع الثاني : من حيث الشكل والإثبات :

- 1- د. محمد سعيد جعفرور . نظرات في صحة العقد وبطلانه . دار هومة . الجزائر سنة. ص35
- 2- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص166
- 3- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص240
- 1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص87
- 2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص263

لا يتطلب القانون بالإجازة أي شكل معين فالإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية وتكون الإجازة صريحة بعبارة تفيد ذلك أما ضمنية فإنها تكون إذا أمكن إستخلاصها من أي عمل يقوم به صاحب حق في الإجازة كأن يستمر المشتري في البناء على أرض اشتراها بعقد قابل للإبطال وقد نصت المادة **100ق.م :** " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير " ويقع على إثبات الإجازة على الطرف الذي له مصلحة في التمسك بها أي يقع على عاتق مدعي الإجازة وله أن يثبت حصول الإجازة بكافة طرق الإثبات .

المطلب الخامس : آثار الإجازة

1. يترتب على الإجازة زوال حق المتعاقد في طلب الإبطال وبالتالي يتأكد وجود العقد بزوال ما كان يهدده من خطر الإبطال ويعتبر العقد صحيحا من وقت انعقاده لا من وقت إجازته ولكن إذا كان للإجازة أثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين فإنها ليست لها نفس الأثر بالنسبة للغير ""دون الإخلال بحقوق الغير "" والغير هنا هي الخلف الخاص فلو باع قاصر عقارا بملكه وبعد بلوغه سن الرشد قام برهن العقار ثم أجاز البيع بعد ذلك فهنا يبقى العقار للمشتري ولكنه متقلا بحق الرهن⁽¹⁾ .

المطلب السادس : التقادم

الفرع الأول : في العقد القابل للإبطال :تنص المادة 101 ق.م " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المرة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد " .أما في حالة الإستغلال فهي سنة واحدة تبدأ من يوم انعقاد العقد **90 الفقرة 2 ق.م.**

الفرع الثاني : العقد الباطل بطلانا مطلقا :تنص المادة **102فقرة2ق.م "** تسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد " فهنا تسقط أدى البطلان بمضي 15 سنة ولكن الدفع لهذا البطلان لا يسقط وعلى ذلك إذا رفع أحد المتعاقدين دعوى يطالب فيها بتنفيذ عقد باطل بطلانا مطلقا بعد مضي 15 سنة فللمتعاقد الأخر أن يدفع هذه الدعوى ببطلان العقد مهما طال الزمن⁽²⁾ .

المطلب السابع : آثار البطلان

هناك آثار جوهرية وأصلية بترتبها البطلان نصت عليها المادة 103 ق.م"يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله " " غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد

لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به "

معنى هذه المادة أن يرد كلمن المتعاقدين ما أخذ من الآخر فالبايع مثلا يرجع الثمن للمشتري والمشتري يعيد الشيء المبيع للبايع وإذا نتج عن المبيع شيئا وجب إرجاعه إلى صاحبه مع مراعاة المتعاقد حسن النية .
المادة 147 ق.م . وإذا استحال ذلك جاز تقديم تعويض معادل , لقد أستثنى المشرع الجزائري ناقص الأهلية الذي لا يلزم أن يرد غير ماعدا إليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد فإذا باع شيئا وقبض الثمن له أبطل العقد وكان قد أنفق هذا المبلغ في شراء مسكن أو أرض وهنا يرد هذا الشيء لأنه عاد عليه بمنفعة أما إذا أنفق المبلغ في ملذته فإنه لا يلزم بالرد لأنه في هذه الحالة لم يصب منفعة من وراء تنفيذ العقد وهناك آثار عرضية للبطلان تتمثل في :

الفرع الأول : نظرية إنقاص العقد : تنص المادة 104 ق.م " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " تفسر هذه المادة رغبة المشرع الجزائري في الحفاظ على الإستقرار والثقة في التعامل ومثال ذلك أن يهب شخص مسكنا لشخص آخر مقابل أن يقوم هذا الأخير بإخفاء بعض الأشياء الممنوعة عنه فعقد الهبة هنا صحيح ولكن الشرط غير مشروع فيمكن إبطاله دون أن يؤثر في صحة العقد إلا إذا تبين أن هذا الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل عقد الهبة على أساس أن السبب غير مشروع لأنه يعد ركنا من أركان العقد .⁽¹⁾

الفرع الثاني : نظرية تحول العقد : تنص المادة 105 ق.م " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفر فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية⁴⁹ المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد" (2)

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص79
2- المرجع نفسه.ص80

المطلب الثامن : التمييز بين البطلان وغيره من النظم

الفرع الأول : التمييز بين البطلان والفسخ : البطلان يرجع إلى خلل في أركان العقد أو في شروط صحته أما الفسخ فيفترض نشأة العقد صحيحا مستوفيا لكافة شروطه ثم يطرأ في مرحلة التنفيذ أن أحد المتعاقدين لا ينفذ التزامه فيكون للمتعاقد الآخر طلب الفسخ لعدم التنفيذ والفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين فالفسخ إذا هو جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين أما البطلان فيتصور في جميع العقود الأخرى .

الفرع الثاني : التمييز بين بطلان العقد وعدم نفاذه:العقد الباطل يوجد فيه عيب في أركان تكوينه أو في شروط الصحة فيجعله عديم الأثر بالنسبة للمتعاقدين أو غيرهما أما العقد غير نافذ فإنه صحيح منة حيث التكوين ومنتج لأثاره بين المتعاقدين ولكنه لا يكون نافذا بالنسبة للغير كالعقد الذي يبرمه المدين المعسر إضرار ا بدائنة فهنا العقد صحيح بين المتعاقدين (المدين والذي أبرم معه العقد) ولكنه لا يكون نافذا في مواجهة الدائن الذي طعن في هذا العقد ويسقط الحق في الإبطال بالإجازة .

المادة 100 ق.م أما في عدم النفاذ فإنه يسقط بالإقرار **المادة 398 ق.م**

المبحث الثاني : القوة الملزمة للعقد

تمهيد :

نتعرض إلى الموضوعية ولكي يمكن تحديد هذه القوة الملزمة , علينا أولاً أن نبحث تعيين مضمون العقد وتحديد نطاقه , ثم ندرس لزوم العقد وما يرد على هذا اللزوم من استثناءات , وأخيراً نتكلم في الجزاء الذي يكفل قوة العقد الملزمة وبمعنى آخر المسؤولية العقدية , وسنخصص لكل موضوع مبحثاً.

المطلب الأول : مضمون العقد :

المقصود بمضمون العقد وكيفية تحديده :

المقصود بتحديد مضمون العقد هو تحديد الإلتزامات الناشئة عنه ولما كان العقد وليد الإرادة , فلا بد لكي نحدد مضمونه , من معرفة ما إتجهت إليه إرادة المتعاقدين , وبمعنى آخر تفسير العقد , وبعد ذلك يمكن تكيف العقد , عقد بيع أو شركة أو هبة مثلاً , حتى يمكن تحديد الإلتزامات , التي تترتب عليه , وعلى ذلك نتكلم في المسائل الثلاث الآتية :

1- تفسير العقد 2- تكيف العقد 3- تحديد مضمون العقد .

المطلب الثاني : تفسير العقد

الفرع الأول : المقصود بتفسير العقد : بتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للعاقدين وقد نظمت الإرادة التشريعية في المادتين 111,112 من التقنين المدني الجزائري عند الكلام في آثار العقد , القواعد التي يجب إتباعها في تفسير العقود .

الفرع الثاني : بيان حالات للتفسير: لكي يمكن تفسير العقد فلا بد من الرجوع إلى العبارات التي إستخدمها العاقدان للتعبير عن إرادتهما. والمعروف أن العبرة بما إتجهت إليه الإرادة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان وما العبارات المستعملة إليه إلا وسيلة لبيان تلك الإرادة , ولكن بطبيعة الحال لا يستطيع القاضي أن يتعرف على الإرادة الحقيقية إلا بواسطة تلك العبارات بعد أن يفسرها .
والعبارات المستخدمة لن تخرج عن حالات ثلاث.

فإما أن تكون تلك العبارات واضحة الدلالة على مقصود العاقدين , وإما تكون غير واضحة الدلالة على إرادتهما المشتركة , والحالة الأخيرة أن يقوم هناك شك في استيضاح تلك الإرادة لغموض العبارات . لذا فحالات التفسير هي:

1- حالات وضوح العبارة .

2- حالة عدم وضوح العبارة .

3- قيام شك في حالة العبارات الغامضة.

على أنه قبل بيان هذه الحالات وما يجب على القاضي أن يتقيد به من قواعد لتفسير العقد في كل حالة , ينبغي أن نقول أن أغلب الفقهاء يرى أن تفسير العقد لا يكون إلا بعد أن يتأكد القاضي من انعقاد العقد , وهذا ما نعالجه. (1)

الفرع الثالث : البحث في تكوين العقد وصحته قبل تفسيره:

قبل القيام بعملية تفسير العقد , لابد من البحث في تكوين العقد وصحته. إذ أن التفسير يكون عديم الجدوى إذا كان العقد باطلا لا يمكن تنفيذه.

ويرى بعض الفقه , أن عملية التفسير بالضرورة تستلزم البحث في انعقاد العقد , وفي صحته , وفي تحديد آثاره. إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين , وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره. فعمل القاضي في المراحل الثلاث وهي البحث في تكوين العقد , وفي صحته , وفي تحديد مضمونه لتنفيذه يقوم على التفسير. ونحن من جانبنا نأخذ بهذا الرأي فالتفسير ليس مرحلة مستقلة⁵⁰ عن مرحلة البحث في انعقاد العقد وفي صحته بل يتضمن هذه المرحلة أيضا

المطلب الثالث : حالات التفسير:

الفرع الأول : عبارة العقد واضحة :

1- **عدم إنحراف القاضي عن العبارات الواضحة:** تنص المادة 1/111 مدني جزائري على أنه (إذا

كانت عبارة العقد واضحة , فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين) ويتضح من هذا النص أنه لا يجوز لقاضي الموضوع , أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى آخر فالإنحراف عن عبارة العقد الواضحة يعتبر تحريفا وتشويها لها مما يوجب نقض الحكم . لأن حالة وضوح العبارة تمنع القاضي من الإجهاد والتفسير عليه أن يأخذ بالإرادة التي دلت عليها العبارة الواضحة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية (بأن مفاد المادة 1/150 من القانون المدني (المطابق لها نص المادة 1/111 جزائري) أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي , فلا يجوز له تحت ستار التفسير الإنحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر. ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة , وعلى القاضي إذا ما حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمة الأسباب المقبولة التي تبرزها هذا المسلك , ولما كان ما تقضي به هذه المادة المشار إليها بعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص288

عنها عن مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ونسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة , ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض , وقد تواترت أحكام المحكمة على ذلك .

أما إذا إلتزم القاضي في تفسيره للعقد بالمعنى الظاهر للعبارات فإنه لا معقب عليه في هذا التفسير⁽¹⁾ .

2- حالة قيام القاضي بالتفسير رغم وضوح العبارة : قد يستعمل المتعاقدان عبارة واضحة ولكن

يتضح من الظروف , أنهما أساءا التعبير عن إرادتهما المشتركة فلا تدل عبارتهما المستخدمة مع وضوحها عن قصدهما , بل تدل على معنى آخر . ذلك أن وضوح العبارة أحيانا لا تدل على وضوح الإرادة . وفي هذه الحالة يستطيع قاضي الموضوع أن يتصدى للتفسير , وينحرف عن معناها الظاهر إلى المعنى الذي قصده العاقدان وبعبارة أخرى إلى ما يطابق الإرادة المشتركة لهما ويستخلص القاضي الإرادة المشتركة للعاقدين من أي طريق يراه كظروف تحرير العقد أو ما سبقه من مكاتيب ومفاوضات أو وقائع الدعوى وظروفها أو الملابسات .

وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يبين في حكمه الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح⁵¹ , فإذا لم يفعل كان حكمه باطلا .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية (بأن الأمر قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة , كما لو وجدت في العقد عبارتان كل منهما واضحة ولكن بينهما من التناقض ما يقضي التفسير) .

على أن القاضي إذا ما إنحرف عن المعنى الظاهر فيجب عليه ذلك دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشوّهه.

3- رقابة المجلس الأعلى على تفسير العبارة الواضحة : مما سبق يتضح أن للمجلس الأعلى رقابة

محكمة الموضوع في تفسير العبارة الواضحة فإذا أخذت المحكمة بالمعنى الظاهر من العبارة الواضحة فلا حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمها , فيكفي في هذا الحكم القول بأنها أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة .

أما في حالة إنحراف محكمة الموضوع عن المعنى الظاهر , فيجب بيان أسباب التأويل والإنحراف . فالمجلس الأعلى يراقب أسباب التأويل والإنحراف فإذا إقتنع بأن الإنحراف والعدول عن المعنى الظاهر , أسس على إعتبرات تسوغه كأن الحكم سليما وإلا تعرض للنقض للقصور في التسبب. هذا وتقدير ما إذا كانت العبارة واضحة فلا يحتاج إلى تفسير , أو غامضة تحتاج إليه , يعتبر مسألة قانونية فيخضع أيضا لرقابة المجلس الأعلى . إذا يترتب على ذلك إلتزام القاضي بالتسبب أو عدم إلتزامه بذلك . إذا لو خرجت هذه الحالة عن رقابة المجلس الأعلى , لجاز للقاضي تفسير العبارة الواضحة بما يخرجها من معناها الظاهر دون ذكر أسباب

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 289

1- د نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص 264

2- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 291

ذلك مكتفياً بأن يقرر أن العبارة غامضة وأن المعنى المستخلص هو إرادة المتعاقدين المشتركة , وأن هذا يدخل في سلطة تقديره الموضوعي دون أن يخضع لرقابة المجلس الأعلى في ذلك .⁽¹⁾

الفرع الثاني : حالة غموض عبارة العقد :

1- القاضي يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين: تنص الفقرة الثانية من المادة 111 م ج . على هذه الحالة بقولها (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ , مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين , وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).⁽²⁾

فالقاضي لكي يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين , يلجأ إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته , وعوامل أخرى خارجية عن العقد .

2- العوامل الداخلية في تفسير العقد : يستأنس القاضي في تفسيره بالرجوع إلى العقد ذاته , ونستطيع أن نخلص هذه الوسائل فيما يلي :

أ- العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني فلا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة , فيجب ترجيح المعنى الأكثر إنطباقاً على روح العقد والغرض والمقصود منه.

ب- إذا كان أحد المعاني يجعل العبارة ذات أثر , والمعنى الأخر لا يجعل له أثر في العقد , فيجب ترجيح المعنى الأول ويعبر عن ذلك في أصول الفقه الإسلامي بأن أعمال الكلام خير من إهماله .

ج- بنود العقود كاملة تفسر بعضها ببعض , فلا بدا من النظر إلى العقد بصفته وحدة واحدة مجملة , فلا يصح تفسير كل بند على حدة بمنأى عن البنود الأخرى .

د- تخصيص حالة الذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم : فإذا باع شخص مزرعة وكان من توابعها أبقار خصت بالذكر في عقد البيع فليس معنى أن الأبقار وحدها هي التي تدخل في الشيء المبيع دون التوابع الأخرى من آلات زراعية ومبان ومخازن , فهذه التوابع تدخل أيضاً إذا تخصيص الأبقار بالذكر يمكن أن يكون خشية قيام الشك في شمول البيع لها وأراد المتعاقدان إزالة الشك.

وقد أورد التقنين المدني الفرنسي نصائح أو توجيهات للقاضي عند تفسيره للعقد وهي لا تخرج عما ذكرناه أنفاً . من ذلك أنه مهما كانت عبارات العقد عامة المدلول فيجب تخصيصها بموضوع الإتفاق بين الطرفين (م1163 فرنسي) . ومن ذلك ما إذا تحملت العبارات أكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً وتفصيله على معنى آخر يجعلها غير منتجة لهذا الأثر (م1157 فرنسي) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد تفسر بعضها بعضاً (م1161 فرنسي) .

وينبغي ملاحظة أن جميع وسائل التفسير التي وردت في التقنين الفرنسي ليستعين بها القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة ليتبين الإرادة المشتركة للعاقدين , ليست ملزمة للقاضي , فله أن يأخذ ببعضها دون البعض⁵³الأخر . (1)

3- العوامل الخارجية في تفسير العقد : إذا لم تسعف الوسائل الداخلية القاضي في تفسير العقد فعليه اللجوء إلى وسائل أخرى خارجية وهذه أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 111 م ج . بقولها (مع⁵⁴الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات) . وعلى ذلك فالقاضي يستهدي في تفسيره بطبيعة التعامل وبما ينبغي من أمانة (Loyauté) والثقة (Confiance) بين المتعاقدين.

فالأمانة في التعامل توجب على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته, فإذا حدث خطأ في التعبير , وإستطاع أن يتبين ذلك أو كان في إستطاعته أن يتبينه , فالأمانة تقضي عليه ألا يستغل الإبهام الذي وقع التعبير , طالما أنه فهمه على حقيقته , أو كان يستطيع أن يفهمه. ويكون لمن وجه إليه الإيجاب الحق في أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها , وأن يعتبرها تدل على المعنى الذي قصده الموجب و فهذه هي الثقة المشروعة بين المتعاقدين .

ونص القانون على الإستهداء بالعرف الجاري في المعاملات . فالعقد يفسر طبقاً للعرف الجاري التعامل . فإذا كانت العبارة تحتل أكثر من معنى وجب حملها على المعنى الذي يتفق مع العرف.

وقد قضت محكمة النقض المصرية , بأن القاضي يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري . ولكن ينبغي ملاحظة أنه إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص فيقتضي العمل بالعرف الخاص, كما يجب أن يكون العرف غير مخالف للقانون أو النظام العام والآداب.

وتطبيق العرف لا يكون إلا في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية معينة فيما تعاقدا عليه أو يكون تنظيمها غامضاً . ومن الوسائل الخارجية أيضاً الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان فإذا كان المتعاقدان قد نفذوا العقد مدة معينة من الزمن على نحو معين , فإن تفسير إرادتهما المشتركة يكون في

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص295

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص296

ضوء طريقة التنفيذ التي وافقا عليها . ويتفق الفقه والقضاء على ما ذكرناه, من أن طريقة تنفيذ العقد يعتبر وسيلة مؤكدة لتفسير إرادة العاقدين التي لم تتضح من عبارات بنوده , ومثال ذلك قيام المستأجر بدفع الأجرة في موطن المؤجر مدة من الزمن , يعني أن المتعاقدين أراد مخالفة القواعد العامة التي تقضي بدفع الأجرة في محل المستأجر بأن يكون دفعها في محل المؤجر . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى كان الحكم قد إستخلص النية المشتركة للمتعاقدين من مدلول عبارة العقد وطريقة تنفيذه, فإن النعي عليه بالخطأ يكون على غير أساس) وقد تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أي عامل آخر خارجي عن العقد وإستظهار هذه الإرادة المشتركة على ضوء الظروف التي أحاطت بإبرام العقد وتحديده , وما سبقه أو عاصره من إتفاقات عن موضوع العقد (1)

4- الإرادة التي يؤخذ بها في تفسير العقد الغامض: يتضح مما سبق أن القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد , وهو في كشفه عنها يلجأ إلى معايير موضوعية , ولذا فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة , ولا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة , وإنما يعتد بالإرادة الباطنة التي يستطيع أن يتعرف عليها *Volonté reconnaissable*

الفرع الثالث : قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين:

أولاً : التفسير في صالح المدين : إذا لم تفلح الوسائل السابقة في تحديد العنصر المشترك للمتعاقدين وكانت العبارة تحمل معنيين , فيجب الأخذ بالمعنى الذي يكون فيه صالح المدين . ويقصد بالمدين هنا , هو المدين بالإلتزام الذي يحوط الشك تفسيره. وقد نصت على الأخذ بهذه القاعدة المادة 112 م.ج (يؤول الشك في مصلحة المدين) وهي قاعدة أساسية أخذ بها أغلب التشريعات .

ثانياً : مبررات هذه القاعدة : ويبرر هذه القاعدة عدة إعتبرات , فالأصل هو براءة الذمة والإستثناء أن يكون الشخص ملتزماً , والإستثناء يجب ألا يتوسع فيه. ومنها أيضاً أن الدائن هو المكلف بإثبات الإلتزام , فإذا كان هناك شك في مدى الإلتزام وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فيه ولم يتمكن من الإثبات , فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق في الإلتزام لأن الدليل قد قام عليه . فالحقيقة أن القاعدة هنا قاعدة إثبات وليست قاعدة تفسير . وأخر الإعتبرات في تبرير هذه القاعدة أن الدائن هو الذي يملي الإلتزام على المدين , فإذا كان هذا الإملاء مبهماً أو غامضاً , فيكون مخطئاً ويتحمل هذا الخطأ بتفسير الشك في مصلحة المدين.

ثالثاً : تطبيقات هذه القاعدة : إذا ثار شك حول قدر العين المؤجر , فسر في مصلحة المؤجر إذ هو المدين وإذا ثار حول طريقة الوفاء بالأجرة فسر في مصلحة المستأجر وإذا كان العقد يقضي بأن المدين يفي بالإلتزامه في شهر معين دون تحديد اليوم , فيستطيع المدين الوفاء بالدين حتى آخر يوم في شهر المذكور في العقد , ولا يجوز للدائن أن يلزمه بالوفاء في اليوم الأول منه. (1) وإذا ثار الشك حول وجوب إعدار المدين , فسر الشك في مصلحته فيجب إعداره. وإذا ثار الشك في مدى نطاق الشرط الجزائي , هل يطبق في حالة عدم التنفيذ أم

يشمل أيضا حالة التأخر في التنفيذ، فسر الشك في مصلحة المدين، وإقتصر فقط على حالة عدم التنفيذ. وإذا كان المدين ملتزما بإنشاء طريق معينة دون أن يحدد الإتفاق كيفية إنشاء هذه الطريق فله، إتباع أيسر الوسائل وأقلها نفقه. ويلاحظ أنه في العقود الملزمة لجانب واحد فإن من يقع عليه الإلتزام يستفيد من هذه القاعدة إذا هو الملتزم. وفي العقود الملزمة لجانبين فيفسر الشك في بعض الأحيان لمصلحة أحد العاقدين، وفي بعضها يفسر لمصلحة العاقد الأخر وذلك بحسب ما إذا كان الشك في تفسير العبارة في شرط معين من شروط العقد في صالح المدين في هذا الشرط. وينبغي ملاحظة أن تطبيق هذه القاعدة وهي الأخذ بالتفسير الأصح للملتزم يكون في حالة الشك في التصرف من بنود العقد على الإرادة المشتركة للعاقدين، وعدم إستطاعة القاضي رفع هذا الشك بإستخدام وسائل التفسير، وظل معناها يحتمل عدة وجود لا ترجيح أحدهما على الأخر. أما في حالة إستطاعة الكشف عن النية المشتركة فيجب عليه الأخذ بما تفرضه هذه النية ولو كان التفسير ضد مصلحة المدين⁵⁵.

رابعاً: إستثناء عقود الإذعان: أورد التقنين المدني الجزائري إستثناء في هذه القاعدة في

عقود الإذعان فقرر في الفقرة الثانية من المادة 112 مايلي: (ومع ذلك لا يجوز أن يكون

تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى).

فطبقا لهذا النص فإن، تفسير الشك دائما في هذه العقود لا يكون في مصلحة المدعى دائما ذلك لأن (المفروض أن العاقد الأخر وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعى (وهو الطرف الضعيف) عند التعاقد شروطا واضحة بينه. فإذا لم يفعل ذلك، أخذًا بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض)

خامساً: تحديد المسائل القانونية والمسائل الواقعية في تفسير العقد: بعد أن انتهينا من

الكلام في تفسير العقد نستطيع إجمال ما يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المجلس

الأعلى وما يعتبر من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابته ويستقبل بها قاضي الموضوع.

فمن المسائل القانون القاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها تحت ستار التفسير للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين (م 111 م.ج). وإذا قام القاضي بالتفسير رغم وضوح العبارة- وذلك إذا أخطأ المتعاقدان في التعبير عن إرادتهما المشتركة - فيجب عليه بيان الظروف والأسباب التي تدفعه إلى ترك المعنى الواضح في حكمه ويكون البيان مؤسسا على إعتبارات مقبولة يصح عقلا تحصيل ما إستخلصه القاضي فيها فإن قصر حكمه في ذلك كان باطلا لعدم إشماله على الأسباب الكافية التي يبني عليها قانونيا. وإذا قام القاضي بتفسير العبارة الغامضة طبقا لنص المادة 2/111 م.ج وقرر أن العاقدين إتفقا على شئ معين، وكان هذا الشئ جائزا قانونا، ثم لا يقضي بما أراد العاقدان بل بما تقضي به العدالة فإنه يكون قد خالف القانون ويستوجب حكمه بالنقض.

من مسائل القانون قاعدة تفسير الشك في صالح المدين (م112 م.ج) مع إستثناء عقود الإذعان . فإذا كان تفسيره ضارا بمصلحة المدين تعين نقض حكمه. وكذلك الحال إذا فسر العقد في حالة الشك بما يضر مصلحة الطرف المذعن (الطرف الضعيف) في عقود الإذعان . فضلا عن ذلك فهناك قاعدة جوهرية يجب على القاضي أن يتقيد بها , وهي أن الوقائع التي يستند عليها في إستخلاص الإرادة المشتركة للعاقدين يجب أن تكون ثابتة من مصادر موجودة وغير مناقضة للثابت في الدعوى , فإذا أورد القاضي مصدرا وهميا لا وجود له , أو موجود ولكنه يناقض لوقائع أخرى ثابتة , أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا إستخلاص الواقعة منه كان حكمه مخالفا لقواعد الإثبات القانونية وتعين نقضه. أما ما يعتبر من مسائل الواقع فهي السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الكشف عن إرادة المتعاقدين وإستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في⁵⁶الدعوى وفي ذلك لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى (2).

الفرع الرابع : تكييف العقد (La qualification)

أولا ما المقصود بالتكييف : بعد عملية تفسير العقد , على القاضي القيام بعملية تكييف العقد ومعناه إعطاء العقد الوصف القانوني أي إدخاله في نوع معين من العقود , هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاوله مثلا.

ثانيا : عدم تقيد القاضي بتكييف العاقدين : عند قيام القاضي بتكييف العقد , لا يتقيد مطلقا بما يضيفه المتعاقدان من تسمية للعقد الذي أبرماه فقد يكونان مخطئين أو يعمدان إلى ستر عقد آخر , كما في حالة ستر عقد الهبة متى كان التكييف خاطئا عن جهل أو عن عمد لا يقيد القاضي إذا هو وحده الملزم بأعمال القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة لديه.

وكثيرا ما يعمد الخصوم إلى إخفاء أغراض غير مشروعة , كربا فاحش يستر في صورة إيجار أو بيع , أو تبرع إلى ما بعد الموت في صورة عقد بيع , وإذن فالقاضي يكيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح طبقا لأحكام القانون , ولو خالف ذلك تكييف العاقدين طالما أنه تبيين نيتهم المشتركة من واقع نصوص العقد والأوراق والمستندات المقدمة إليه كما يبق أن أوضحنا في تفسير العقد.

ثالثا : تطبيقات لعدم تقيد القاضي بتكييف الخصوم : وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (وقد إستقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة في تكييف العقود هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي إتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون إعتداد بالألفاظ التي إستخدمها أو بالتكييف الذي إسبغاه عليها) كما قضت (بأن محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييفها للدعوى بتكييف الخصوم لها إلا أنها ملزمة بعدم الخروج على الوقائع المطروحة عليها منهم) كما قضت محكمة النقض الفرنسية في نفس الصدد (بأن للقاضي أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة) أو (بأنه هبة أو وصية مستترة) . وللقاضي أن يصف العقد بأنه رهن حيازة أو بيع وفاء.(1)

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص302

2- د . محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص304

رابعاً : التكييف مسألة قانونية : (Question de droit)

التكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه حتى يمكن تطبيق أحكام العقد محل التصرف , سواء ما كان من هذه الأحكام أمراً يطبق على الرغم من إرادة المتعاقدين , أو ما كان تكميلاً لإرادتهما في حالة عدم تنظيم اتفاقهما مسألة من المسائل سواء عن قصد أو عن غير قصد . والقاضي في قيامه بتكييف العقد يخضع لرقابة محكمة النقض إذا أننا بصدد مسألة قانونية , لأنه يترتب على هذا التكييف آثاره القانونية . إذ أنه يطبق القانون على الوقائع وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية . والتكييف دائماً مسألة قانونية في فروع القانون المختلفة . ومن هذا يتضح أن التكييف وسيلة لتحديد مضمون العقد , إذ يضعه في الإطار القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها , بل إن جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالوصف القانوني للعقد فالتكييف ل⁵⁷أزم لتقدير الصحة والبطالان أيضاً

خامساً : تطبيقات لرقابة محكمة النقض على التكييف: قضت محكمة النقض المصرية (بأنه ولئن

كان التصرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى وهو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع , إلا أنه متى إستخلصت المحكمة ذلك , فإن التكييف القانون الصحيح لما قصده العاقدان , وإنزال حكم القانون على العقد وهو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض) .

كما قضت بأنه (لمحكمة النقض أن تعطي الوقائع الثابتة في الحكم المطعون فيه التكييف القانوني الصحيح مادامت لا تعتد في هذا التكييف على غير ما حصلته محكمة الموضوع من هذه الوقائع) وقضت أيضاً بأن من حقها (محكمة النقض) أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبته في حكمها من الوقائع , وعلى ذلك لتعرف ما إذا كان التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له) فالمحكمة العليا في الدولة (المجلس الأعلى في الجزائر , ومحكمة النقض في الدول الأخرى) لها الرقابة التامة على تكييف العقد . (1)

الفرع الخامس : تحديد نطاق العقد: Le contenu du contrat

أولاً : المقصود بتحديد نطاق العقد: سبق القول أن الوصف القانوني مسألة ذات أهمية عملية , على التكييف الذي يأخذ به القاضي للعقد تتحدد آثاره التي لم يقر الطرفان بتنظيمها في اتفاقهما والتي تنكف بها قواعد القانون في أحكامها المقررة للعقود المختلفة.

ثانياً : النصوص القانونية : تنص المادة 2/107 من التقنين المدني الجزائري على أنه (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب , بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة , بحسب طبيعة الإلتزام)

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص 276

ثالثاً : العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد : يتضح من نص المادة 2/107 م.ج أن مضمون العقد ونطاقه لا يتحددان فقط بما إتجهت إليه النية المشتركة للعاقدين , بل يسترشد القاضي في تحديد مستلزمات العقد بعوامل ذكرها القانون لا على سبيل الحصر (2). وبناء على تحديد نطاق العقد يصل القاضي إلى الآثار المترتبة عليه , حتى يقوم كل عاقد بالتزامه . والعوامل هي :

1- طبيعة الإلتزام .

2- القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة .

3- العرف.

4- العدالة⁵⁸.

رابعاً : طبيعة الإلتزام : (Nature de l'obligation)

فطبيعة الإلتزام تقتضي من القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تفرضه طبيعته وفقاً للقانون والعرف والعدالة . فمن باع شيئاً يعتبر أنه قد باع أيضاً ملحقات هذا الشيء , ولو لم تذكر هذه الملحقات في العقد ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم المشتري السجلات التي تبين ما عليه من ديون وماله من حقوق , وما يتصل به من عملاء ومن باع سيارة يلتزم بتسليم كل الأدوات اللازمة لتسييرها وعقد التأمين عليها. ومن ذلك أيضاً , أن القضاء يدخل في نطاق العقد إلتزام الناقل بسلامة الأشخاص الذين ينقلهم , ومنه أيضاً أن من باع حقا (حوالة حق) يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكلفه ويضمنه كرهن وكفالة⁽¹⁾.

خامساً : القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة: (Lois supplétives et interpretatives)

فالقاضي يرجع إلى الأحكام التكميلية والمفسرة في المسائل التي تركها المتعاقدان ولم يتفقا عليها . إذا أنه كثيراً ما يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة بينهما في جميع التفاصيل ففي عقد البيع مثلاً , إذ أغفل المتعاقدان ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وإلتزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية , فالقاضي يطبق أحكام عقد البيع فيما يختص بهذه المسائل . وينبغي ملاحظة أن هذه الأحكام المفسرة , ماهي إلا الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي إفترضها القانون , أو كشف عنها , فللمتعاقدين الإلتفاق صراحة أو ضمناً على عدم تطبيقها , أو تعديلها أو تقييدها طبقاً لما يريانه فكما هو معروف أن القواعد المكملة أو المفسرة ليست من النظام العام⁽²⁾.

سادساً : العرف يكمل العقد : وإذا كان العرف من عوامل تفسير العقد , فإنه أيضاً يكون عاملاً في تحديد نطاقه ويظهر ذلك جلياً في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري .

1- د. محمد صبري سعدي . المرجع السابق . ص 307

2- المرجع نفسه. ص 308

ويدخل في العرف الشروط المألوفة , فتضاف إلى العقد (clauses de style clause d'usage) - وهي التي جرت العادة بإدراجها فيه غير أن هناك شروطا أصبحت عرفا لبعض العقود وتنفذ هذه ولو لم تذكر ومثال ذلك إضافة نسبة مئوية إلى حساب العميل في الفنادق و المطاعم والمقاهي نظير الخدمة . فهذا الشرط ينفذ ولو لم يذكر للعميل , حتى ولو لم يكن مكتوبا غير أنه يلاحظ أنه إذا تعارض شرط مألوف مع شرط خاص لا بدمن⁵⁹ إدراجه في العقد , فالشرط الخاص هو الذي يجب العمل به.

سابعا : العدالة تكمل العقد : وقد يسترشد القاضي بقواعد العدالة لإستكمال العقد . ومثال ذلك إلتزام بائع المتجر بعدم منافسة المشتري وذلك بالإمتناع عن إنتزاع عملاء المتجر . وهذا الإلتزام تقتضيه العدالة ولو لم ينص عليه في عقد بيع المتجر .

والبائع لا يلتزم فقط بالقيام مما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري , بل يلتزم أيضا بالكف على أى عمل يؤدي إلى جعل نقل هذا الحق عسيرا أو مستحيلا وهو إلتزام تقتضيه العدالة وقد ينص القانون على ذلك صراحة وكذلك الحال في الإلتزام مهندس في مصنع بعدم إباحة أسرار له لمصنع منافس . ففي كل مثل هذه الحالات تقتضي العدالة قرض إلتزامات على أحد طرفي العقد ولو لم ينص عليها فيه شروط . وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتف عن شركة التأمين ما قد يكون به من مرض خطير خفي , إذ أن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة .

ثامنا : القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة : يجب ملاحظة أن القاضي لا يستطيع أن يكمل العقد , سواء بالرجوع إلى القانون أو العرف أو العادات أو العدالة , إلا في حالة عدم تنظيم إرادة المتعاقدين لمسألة من المسائل فأولا يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة , فإذا ما عجز عن هذا الكشف فعليه باللجوء إلى العوامل السابق بيانها حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه .

تاسعا : تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون : سبق القول أن الغرض من تحديد نطاق العقد هو معرفة الإلتزامات الناشئة عنه ولذلك فهي مسألة قانونية فتحدد القاضي نطاق العقد يخضع لرقابة محكمة النقض أو المجلس الأعلى فيستطيع التعقيب على حكم القاضي في تحديد هذا النطاق , وتنقض حكمه إذا لم يدخل في نطاق العقد ما تقتضي به طبيعة الإلتزام أو نصوص القانون أو العرف أو العدالة , لأن هذا إنتقاص في نطاق العقد . أو إذا أدخل فيه مالا يجوز إدخاله بمقتضى أي من العوامل المذكورة . لأن هذا يؤدي إلى زيادة نطاقه .

1- د. عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق . ص404

2- المرجع نفسه . ص405

وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على خضوع تحديد نطاق العقد لرقابتها لأن الخطأ في هذا التحديد⁶⁰ خطأ في تطبيق القانون (1)

المطلب الرابع : القوة الملزمة للعقد:

الفرع الأول : العقد شريعة المتعاقدين : إذا إنعقد العقد صحيحا , فإنه يلزم المتعاقدين ويلتزم كل متعاقد بالقيام بالالتزامات , التي يرتبها العقد في ذمته ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد , وعلى كل طرف إحترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما. ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون . وقد نصت على هذا المبدأ 106 م.ج إذا تقرر (العقد شريعة المتعاقدين, فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون) وتقول المادة 1134 مدني فرنسي في هذا المعنى الإتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون

(Les conventions légalement formés tiennent lién de loi à ceux qui les ont faites)

وهذا النص نقلته الإرادة التشريعية الفرنسية عن دوما DOMAT

ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة على أنه , على أنه يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساسا خلقيا وإقتصاديا , فالأساس الخلقى هو وجوب إحترام العهد الذي يقطعه الإنسان , والأساس الإقتصادي هو ضرورة توفير إستقرار المعاملات بين الأفراد .

الفرع الثاني : يجب تنفيذ العقد بحسن نية: تنص المادة 1/107م.ج على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية)

وعلى ذلك يجب أن يسود حسن النية في إنشاء العقد وتفسيره وفي تنفيذه أيضا , ولم يعد هناك كما كان الأمر في القانون الروماني , عقود حرفية التنفيذ *contrats de strict droit* وعقود حسن النية *contrats de bonne foi* نجد أن العقود جميعها في القانون الحديث رائدها حسن النية في التنفيذ فإذا تعهد مقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء , وجب عليه أن يقوم بذلك من أقصر طريق ممكن كما يجب أن يقوم أمين النقل بنقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصالحها.

وينبغي أن نشير إلى أن إلتزام المتعاقد طبقا لحسن النية هو إلتزام تعاقدى فإذا ما حاد هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لا خلاله بالإلتزام عقدي , هو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ وبذلك لا حاجة إلى تقرير مسؤوليته ملى أساس المسؤولية التقصيرية لتعسفه في إستعمال حقه.

الفرع الثالث : الإستثناءات التي ترد على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) : سبق القول أن العقد

شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون , على أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناءات مثيرة في الوقت الحاضر أهمها ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد على أنه من المفيد أن نعرض في إيجاز هذه الإستثناءات قبل دراسة نظرية الظروف الطارئة وهي :

1- حالات يسمح فيها لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد أي بإرادته المنفردة .

2- حالات يعدل فيها القانون أثار العقد

3- وأخيرا يكون للقاضي سلطة تعديل العقد (1)

الفرع الرابع : إنهاء العقد بإرادة منفردة:

الفرع الخامس : قاعدة عدم جواز إنهاء العقد بإرادة منفردة: طبقا لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فإنه لا يجوز لأحد الطرفين منفردا إنهاؤه والقاعدة أنه لا يجوز إنحلال العقد بإرادة طرفيه, وهو ما يسمى –التقابل - (Résiliation conventionnelle) غير أنه إستثناء يجوز إنهاء العقد بإرادة منفردة إذا كان هناك نص في القانون يجيز ذلك أو طبقا لشرط في العقد .

الفرع السادس : حالات الإنهاء بإرادة منفردة :

1) إذا وجد شرط في العقد يجيز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته ففي عقد الإيجار مثلا يجوز إبرام

العقد لمدة معينة (تسع سنوات مثلا) على أن يكون لكل من طرفيه (المؤجر والمستأجر) الحق في

إنهاء العقد بإرادته كل ثلاث سنوات مثلا .

2) إذا نص القانون على جواز إنهاء العقد لأحد المتعاقدين أو لكليهما قبل إنتهاء مدته أو تنفيذه.

وفيما يلي أمثلة لهذه الحالات :

5- قد يعطي القانون حق إنهاء العقد لأي من طرفيه كما هو الحال في عقد الوكالة (م588,587,586مدني)

وكعقد الشركة (م440, 442 مدني) ففي هذين العقدين يفترض قيام الثقة بين الوكيل والموكل وبين

الشركاء فإذا زالت هذه الثقة كان من الواجب أن يسمح لأي من أطراف العقد بإنهائه بإرادته.

6- وقد يعطي القانون حق الإنهاء لأحد المتعاقدين دون الآخر حماية منه لهذا المتعاقد ومن هذه الحالات حق

المعير في إنهاء العارية قبل إنتهاء مدتها في حالات معينة (م547 مدني) وفي عقد التأمين يحق للمؤمن

⁶¹له إنهاء العقد في بعض الأحوال . (2)

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص315

2- المرجع نفسه. ص316

الفرع السابع : إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون

أولاً : إنهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع : هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد أو يعدله رغم المتعاقدين , ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية فلا يحق له إبقاء العقد أو إنهائه.

1- فأولا حالات نص المشرع فيها على إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين , من ذلك إنقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء (م439مدني) وإنهاء العارية بموت أحد طرفيها (م548 مدني) وكالوكالة تنتهي بموت الوكيل أو الموكل (م586 مدني) . ونلاحظ أنه بالنظر الدقيق في هذه الحالات فإنها لا تعتبر خروجاً في الحقيقة على قاعدة القوة الملزمة للعقد , وعدم انتقال العقد للورثة ,⁶² لأن هذه العقود يراعي في إبرامها الإعتبار الشخصي للمتعاقدين . (1)

ثانياً : على أننا نجد الإنهاء الحقيقي أو الجبري (Résiliation forcée) في تدخل المشرع رغم إرادة المتعاقدين في إنهاء العقد أو تعديله. ففي الإيجار كثيراً ما يتدخل المشرع لتحديد الأجرة , كما يتدخل أيضاً في تمديد مدة الإيجار (راجع المواد 471 , 474 , 509 م.ج.).

الفرع الثامن : تعديل العقد بواسطة القاضي

أولاً : القاعدة العامة والاستثناءات: سبق القول أنه طبقاً للقوة الملزمة للعقد , فإنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إنهائه, غير أن المشرع لإعتبارات العدالة , وللصالح العام منح القاضي في بعض الحالات إستثناء سلطة تعديل العقد أو إنهائه.

ومن هذه الحالات تحويل القاضي سلطة منح المدين أجلا (نظرة الميسرة) (المادة 2/119, 2/281) ومن ذلك تحويل القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه (2/184) . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليها لإرادة التشريعية الجزائرية فيما يتعلق بعقود الإذعان كما سبق أن أوردنا , فأجازت للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها (م110 مدني) طبقاً للقواعد العدالة وأخيراً نجد أن القانون المدني الجزائري منح القاضي سلطة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة (م3/107) وفيما يلي نشرح هذه النظرية .(2)

1- **نظرية الحوادث الطارئة :** (Théorie de l'imprévision) يحدث في كثير من الأحيان عند تنفيذ العقود المستمرة , أو التي تراخي تنفيذها أن تطرأ حوادث مفاجئة لم يكن عند التعاقد في الحسبان توقعها تجعل وفاء المدين بالتزامه مرهقا يؤدي إلى خسارة فادحة. ومن أمثلة هذه العقود عقود التوريد , إذا ما ارتفع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها إرتفاعاً فاحشاً , أو إذا حدث إنخفاض قيمة المبيع إنخفاضاً كبيراً يؤدي إلى خسارة المدين خسارة فادحة إذا قام بتنفيذ العقد فهل يبقى المدين ملتزماً بتنفيذ العقد كما هو ؟ وهل يستطيع الدائن التمسك بتنفيذ العقد في هذه الحالة ؟

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق. ص317

2- المرجع نفسه. ص318

إن تطبيق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) يؤدي إلى فرض تنفيذ الإلتزام بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة, لأن تنفيذه غير مستحيل والمدين لا يستطيع عدم التنفيذ بدعوى أن فيه إرهاباً. غير أن العدالة تقضي أن يتحمل الطرفان معا هذا الظرف الطارئ فيدخل القاضي ليعدل الإلتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ, وهذا هو مضمون نظرية الحوادث الطارئة.⁽¹⁾

موقف القضاء والتشريع من نظرية الظروف الطارئة: هذه النظرية لا يعرفها القانون الفرنسي, فلا يوجد فيه نص يقضي بتطبيق النظرية وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا إيجاد سند لهذه النظرية من القواعد العامة لإقناع القضاء بتطبيقها في مجال القانون المدني إلا أنه لم ينجح في ذلك ورفض القضاء تطبيق النظرية لخروجها على مبدأ القوة الملزمة للعقد. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في أحكام كثيرة لها تطبيق هذه النظرية ولا تزال مصررة على رفضها. أما مجلس الدولة الفرنسي فقد أخذ بها منذ أن أصدر حكماً في 30 يونيو 1916 أجاز لشركة الغاز في مدينة بوردو برفع سعر التوريد لأن ظرفاً إستثنائياً وهو الحرب أدى إلى ارتفاع التكاليف. وكما واجهت النظرية الرفض في فرنسا, فقد رفضت محكمة النقض المصرية في ظل القانون المدني القديم تطبيقها لأن فيها خروجاً صريحاً على نصوص القانون.

ظهور النظرية في التقنيات الحديثة: على أن نظرية الظروف الطارئة أخذت تنتعش في الفترة الأخيرة فظهرت في تقنين الإلتزامات اليوناني (م269) ثم التقنين المدني الإيطالي الجديد (م1467) ثم التقنين المدني المصري الحالي فنصت الفقرة الثانية من المادة (147) منه على أنه (ومع ذلك طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً, صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة, جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلاً, كل إتفاق على خلاف ذلك) كما ظهرت في التقنينات العربية المدنية الأخرى, السوري (م2/148) والليبي (2/147) والعراقي (م2/146) وكلها مطابقة لنص المادة 2/147 مدني مصري.⁽²⁾

2- نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري: وقد أحسن التقنين الجزائري بالأخذ بهذه النظرية أسوة بالتقنينات الحديثة فنص في المادة 107 على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية)

ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها⁶³ وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي, وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة, جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول, ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك).

ويتضح أن الإرادة التشريعية نصت على نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة السابقة ونحن من جانبنا نلاحظ أن وضعها في هذا الموضع غير مناسب. ذلك أن هذه النظرية إستثناء من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لذا فإنه كان من الواجب أن يوضع هذا الإستثناء في الفقرة الثانية للمادة 106م. ج التي تنص على (أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون, غير أن إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة ... إلخ).

1- د. نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق. ص287

2- د. محمد صبري السعدي. المرجع السابق. ص320

شروط تطبيق النظرية : يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في التقنيين المدني الجزائري ثلاثة شروط:

- ✓ الشرط الأول : أن تطرأ هذه الظروف أو الحوادث في الفترة بين إنعقاد العقد وتنفيذه.
- ✓ الشرط الثاني : أن تكون هذه الظروف أو الحوادث إستثنائية وعامة وغير متوقعة.
- ✓ الشرط الثالث : أن يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا .

الشرط الأول – أن نظرية هذه الظروف في الفترة بين إنعقاد العقد وتنفيذه: فإذا كانت هذه الظروف موجودة قبل إنعقاد العقد , فلا تؤثر عليه ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما لا يعرف بها. ومجال طروء هذه الظروف هو العقود المستمرة الزمنية التي يتطلب تنفيذها زما كعقد الإيجار , وعقد العمل , وعقد التوريد وتطبيق النظرية أيضا في العقود الفورية إذ تراخى تنفيذها, كالبيع الذي يؤجل دفع الثمن أو تسليم المبيع فيه فإذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه , فالثمن أو الباقي منه, يكون عرضة للانقاص للحادث الطارئ, أما ما سبق دفعه قبل وقوع الحادث فلا يناله تعديل, وينبغي ملاحظة أنه لا يشترط أن تكون الإلتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ, بل يكفي وجود إلتزام متراخي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ, وصار مرهقا للمدين , دون ما إعتبار لكون الإلتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك.⁽¹⁾

الشرط الثاني – أن تكون هذه الظروف إستثنائية وعامة وغير متوقعة: فيجب أن يكون الحادث أو الظرف إستثنائيا ومعنى ذلك أن حصول هذا الظرف نادرا بحسب السير العادي للأمر ومثاله حرب أو زلزال أو وباء أو فيضان غير عادي أو فرض تسعير جبري . ويجب أن يكون الحادث أو الظرف عاما , بمعنى أن أثر هذا الظرف لا يقتصر على مدين أو مدينين معينين بالذات بل يشمل الناس جميعا أو طائفة فالحوادث الإستثنائية الخاصة بالدين وحده كإفلاسه أو موته , أو إضطراب أعماله , أو حريق محصوله لا يعتبر ظروفًا عامة , ومن ثم لا مجال لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة. كما يجب أن يكون الظرف غير متوقع , ومعناه أن الشخص العادي لا يستطيع توقع هذا الظرف وقت إبرام العقد , وهذا معيار موضوعي لا يتعلق بشخص المدين فلو أن الرجل العادي كان في إمكانه توقع هذا الحادث , ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه فإن الحادث لا يعتبر غير متوقع.

ولا يكفي أن يكون الحادث الحادث إستثنائيا عاما وغير متوقع , بل يجب ألا يكون في الإستطاعة دفعه أو ⁶⁴تحاشيه, فالمدين يلتزم بأن يتخلى الحوادث التي يعجزه عن الوفاء بإلتزامه إذا كان في وسعه ذلك فانقطاع

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص322

المواصلات إنقطاعا عارضا يمكن التغلب عليه برجوع المواصلات سريعا إلى ما كانت عليه أو بإستعمال طرق أخرى للنقل غير التي إنقطعت ومن ثم لا تطبيق للنظرية.⁶⁵

الشرط الثالث- أن يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا: يجب ألا يؤدي الحادث إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام إذ أنه في هذه الحالة يكون قوة القاهرة ويترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام وإنفساخ العقد . بقوة القانون وهنا نجد الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة , فمع أنهما يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه, إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا , أما الحادث الطارئ فيجعله مرهقا.

ولا يكفي أي إرهاب بل يجب أن يترتب عليه خسارة فادحة تحل بالمدين وتقدير شرط الإرهاب متروك لقاضي الموضوع . ويراعي أن إرهاب المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرام من شأنها العقد فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع أموال المدين , فإذا كان التعاقد مع الحكومة جاز أن يكون إلتزامها مرهقا لها بالنسبة إلى الصفقة التي عقدتها بالذات , وإن كانت الخسارة شيئا هينا بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة , وإذا إلتزمت شركة بإنارة مدينة بالكهرباء مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور , ثم طرأ حادث إستثنائي عام غير متوقع أدى إلى إرتفاع باهظ في ثمن التكلفة , كان للشركة أن تطلب رد إلتزامها إلى الحد المعقول حتى ولو كانت الشركة قد بلغت من الثراء ما تستطيع معه تنفيذ إلتزامها دون تخفيف. فمعيار الخسارة معيار موضوعي ينظر فيه إلى المدين العادي وما يعتبر خسارة فادحة بالنسبة له حتى ولو كان المدين ثريا لا تؤثر فيه هذه الخسارة , وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقا للمادة لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاب المهدد بخسارة فادحة. وتقدير مدى الإرهاب الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ, مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومناطق هذا الإرهاب الإعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا بالنسبة للظروف المتعلقة بشخص المدين)

ولا يتنافى الإرهاب حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها , فإذا إلتزم تاجر بتوريد القمح ثم إرتفع سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة, جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان قد قام بتخزين كميات كبيرة منه دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين إلتزامه بتوريد القمح , أما الكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لغلو السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به. ومن هذا نرى أن الإرهاب معيار موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين.⁽¹⁾

ثانيا: أثر الظروف الطارئة : إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لما أوضحناه فإنه يترتب أثرها , وهو أنه يجب على القاضي بناء على طلب المدين أن يخفف عبء الإلتزام عنه إلى الحد المعقول , الذي يراه متماشيا مع العدالة وحسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين , وفي ذلك

1- د. محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص324

تقضي المادة 107 في فقرتها الثالثة بأنه (...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول....)
ويكون ذلك بإتباع ما يلي :

1- فقد يرى القاضي إنقاص مدى إلتزام المدين ومثال ذلك أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع للحلوى , ولحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا , فينقص القاضي من هذه الكمية المقدار الذي يرد إلتزام الشركة إلى الحد المعقول وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط .

2- وقد يرى القاضي زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق , ففي مثالنا السابق يرفع القاضي السعر عن المحدد في العقد , ولكن دون أن يحمل الدائن الزيادة في السعر الذي ترتب على الظروف الطارئة , بل بوزع الزيادة على كل من الدائن والمدين.

3- وللقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء , وترتفع مواد البناء إرتفاعا فاحشا ولكن هذا الإرتفاع سيزول لقرب طرح كميات من هذه المواد في السوق فيأمر القاضي بوقف إلتزام المقاول بتسليم المبنى , حتى يفي بإلتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء.

وينبغي ملاحظة أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد , فسلطته مقصورة على رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول , ومعنى ذلك الإبقاء على الإلتزام وبالتالي على العقد وهنا يظهر الفرق بين أثر الحادث الطارئ والقوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الإلتزام ومن ثم يترتب عليها إنقضاؤه وإنفساخ العقد .
وأخيرا نلاحظ أن الأثر الذي قرره القانون للحادث الطارئ من النظام العام فلا يجوز للمتعاقدين الإتفاق مقدما على ما يخالفه , فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 في آخرها على أنه (..... ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك)⁶⁶

1- د. محمد صبري سعدي . المرجع السابق .ص326

الفصل الثالث : المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية :

تقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين : مسؤولية عقدية, تقصيرية.

والعقد إذا تم صحيحا وجب على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ جميع الالتزامات التي ترتبت على عاتقه من هذا العقد وإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالأصل أن يجبر على التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا **164** ق.م وإذا إستحال تنفيذ الإلتزام وكان ذلك راجع إلى المدين فإنه يكون مسؤولا عن عدم التنفيذ ومسؤوليته هذه أساسها الإخلال بالإلتزام العقد وهذا ما يعرف بالمسؤولية العقدية أي التي تقضي أحكامها بالإلزام المدين بالتعويض عن عدم قيامه بالتنفيذ عن كل الأضرار التي تلحق الدائن من ذلك والمادة **176** ق.م .

المبحث الأول : أركان المسؤولية العقدية: للمسؤولية العقدية 3 أركان :

المطلب الأول : الخطأ العقدي

الخطأ بشكل عام هو الانحراف على سلوك الرجل المعتاد والخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام أو التأخر فيه ناشئا عن عمده أو عن إهماله كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو حتى مجرد التأخر فيه .

قد يكون إلتزام المتعاقد التعهد بتحقيق نتيجة معينة كإلتزامه بنقل ملكية شئ أو تسليم عين فإن عدم تحقق النتيجة يعتبر في ذاته عدم تنفيذ الإلتزام وق يكون إلتزام المتعاقد بدل عناية أي دون أن يكون ملزماً بتحقيق نتيجة الإلتزام الطبيب بالعلاج أو إلتزام المحامي بالدفاع فإن عدم التنفيذ أي الخطأ العقدي هو عدم بذل الجهد المطلوب المادة **172**ق.م⁽¹⁾

الفرع الأول : إثبات الخطأ العقدي:

القاعدة العامة تنص على أن الدائن يكلف بإثبات الدين والمدين يكلف بإثبات التخلص منه ويقع عين إثبات الخطأ العقدي على الدائن وذلك بأن يثبت أن النتيجة تتحقق أو أن المدين لم يبذل العناية التي فرضها العقد.

الفرع الثاني : الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير :

الأصل أن فعل الغير لا يسأ عنه المدين بل أن فعل الغير قد ينفي مسؤولية المدين متى توافرت صفات السبب الأجنبي , كل ضرر غير منسوب للمدين كالقوة القاهرة وفعل الغير وعمل الدائن , لكن المتعاقد مسئول عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته فهؤلاء تابعون له يسأل عنهم .⁽²⁾

الفرع الثالث : الخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء:

فعل الشئ الذي هو في حراسة المدين يعتبر بمثابة فعل المدين الشخصي والقواعد التي تحكم المسؤولية عن الخطأ الشخصي هي ذاتها التي تحكم المسؤولية عن فعل الشئ.

المطلب الثاني : الضرر: هو الركن الثاني في المسؤولية العقدية فلا يكفي أن يتوافر الخطأ في جانب المدين بل لا بد من يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن وقد يكون الضرر مادياً أو أدبياً والضرر المادي هو ما يصيب الدائن في ماله أو جسمه من جراء عدم تنفيذ المدين للإلتزامه العقدي أما الضرر الأدبي فهو ما يصيب الدائن في شعوره وإحساسه وعاطفته ويشترط في الضرر أن يكون محققاً " سواء كان حالاً أو مستقبلاً "

الضرر الحال أي وقع بالفعل بالنسبة للمدين أما الضرر المستقبلي فهو لم يقع بعد وإنما يكون محقق الوقوع في المستقبل كالمصنع الذي يخل به المورد بالتزامه نحوه بتوريد المادة الخاصة وكان للمصنع ما يكفيه ولكن لمدة زمنية محددة فهنا الضرر لم يقع ولكنه محقق الوقوع وذلك في حالة إنتهاء المادة الخام وقد يكون الضرر محتملا لا هو قد تحقق فعلا ولا هو محقق الوقوع في المستقبل فهنا لا يعوض عن الضرر إلا إذا تحقق فعلا فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خلا يخشى معه تهدم العين فهذا ضرر محتمل لا يعوض عنه المؤخر إلا في حالة وقوعه فعلا (3).

إثبات الضرر:

يقع على عاتق الدائن إثبات الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه لكن متى وجد شرط جزائي في العقد فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته لأن وجوده يقوم قرينة قانونية غير قاطعة على وقف الضرر ويكون على المدين في هذه الحالة إثبات عدم تحقق الشرط أو إثبات عدم وقوع الضرر (4).

المطلب الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر

وهي الركن الثالث في المسؤولية العقدية وهي تقضي بأن يكون الضرر الذي وقع بالدائن سببه الخطأ العقدي الذي إرتكبه المدين فإذا إنتفت علاقة السببية فلا محل لمسؤولية المدين وعلاقة السببية بين الخطأ واضرر أمر مفترض إلى أن يمر الدليل على عكس ذلك ولهذا لا يطلب من الدائن إثبات وجود علاقة السببية وإنما على المدين أن ينفي وجودها وذلك بإقامة الدليل على السبب الأجنبي كالقوة القاهرة مثلا .

الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية:

2. وهذا ماجات به المادة 178 ق.م " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوى القاهرة " .

- 1- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص113
- 2- د. عبد القادر الفار . مصادر الإلتزام . عمان . سنة 1998 . ص164
- 3- د. نبيل إبراهيم السعيد . المرجع السابق . ص302
- 4- المرجع نفسه . ص302

الفصل الرابع : المسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية:

تمهيد :

إلى جانب العقد كمصدر من مصادر الإلتزام نجد ما يعرف بالعمل في المشروع أو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية والتي تعرف على أنها الجزاء الذي يرتبه القانون على الإخلال بالإلتزام القانوني مقتضاه ألا يضر الإنسان غيره بخطأ أو بتقصير منه وتنصب المسؤولية التقصيرية على وجود الضرر الذي يصيب فردا من أفراد المجتمع وهذا خلاف المسؤولية الجنائية التي تقوم على الضرر يصيب المجتمع بأسره (1) حتى أن المسؤولية الجنائية لا تشترط في بعض الأحيان وجود الضرر أم لا ومثال ذلك : أن يشرع شخص في قتل شخص آخر فيطلق عليه النار فلا يصيبه ومع ذلك فهو مسؤول جنائيا عن جريمة القتل العمدي أما المسؤولية التقصيرية فتشترط وجود الضرر كأن يتلف شخص مالا لأخر فهذا الخس يكون مسؤولا عما يحدثه من أضرار في مواجهة الشخص المضر ورعن طريق تعويض هذا الضرر ويستوي أن يكون هذا الفعل عمدي أو غير عمدي وهذا ما يسمى بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية لكن قد يسأل الخس عن الأفعال الضارة التي تصدر من أشخاص تربطهم به علاقة تبعة أو رقابة كالقصر وذوي العاهات وغيرهم فيطلق عليها بالمسؤولية عن فعل الغير .

وإذا كان الشخص متولي حراسة شئ من الأشياء وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة على هذا الشئ فيطلق عليها بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء لذلك سنستعرض كل واحدة على حدا. (2)

المبحث الأول : المسؤولية الناشئة عن الأفعال الشخصية

نص عليها المشرع الجزائري في مواد من المادة 124- 133 ق.م تنص المادة 124 ق.م " كل فعل أين كان يرتكبه شخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "

المطلب الأول : أركان المسؤولية :

الفرع الأول: الخطأ: رغم الإختلاف الفقهي حول تعريف الخطأ إلا أننا يمكن أن نعرفه في المسؤولية التقصيرية بأنه " كل عمل يقوم به الإنسان وهو مدرك أنه يضر الغير " أو " هو الإخلال بالإلتزام قانوني مع ⁶⁸الإدراك بأنه يضر الغير "

أركان الخطأ هي:

- 1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 138
- 2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق. ص 139

الركن المادي (التعدي) :

وهو الفعل الذي يرتكبه الشخص ويسبب ضرراً بالغير لكن متى يشكل هذا الفعل تعدياً ؟ إذا أخذنا بالمعيار الشخص فلا يكون مرتكباً الخطأ هنا إلا إذا أحس هذا الشخص بأنه ارتكب مثل هذا التعدي فضميره هو دليله ووازعه أما إذا أخذنا بالمعيار الموضوعي وهذا المعول عليه وهذا يعني أن تقيس عمله بمعيار الرجل العادي لا يتمتع بذكاء خارق وليس محدود الفطنة حامل المهمة فيعتبر تعدياً إذا كان الشخص العادي لا يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول ويقع عبئ إثبات التعدي على الشخص المضرور الدائن بأن يثبت أن المدين قد انحرف عن سلوك الرجل العادي إلا إذا أثبت المدين أن العمل الذي قام به مشروعاً ويدخل في :

1- حالة الدفاع الشرعي, المادة 128 ق.م

2- حالة تنفيذ أم صادر من الرئيس المادة 129 ق.م

حالة الضرورة المادة 130 ق.م (1)

الركن المعنوي :

الإدراك : لا يكفي في الخطأ مجرد التعدي بل يجب أن يكون الخس مدرك الأفعال التعدي التي قام بها سواء عن قصد أو عن غير قصد فلا مسؤولية دون تمييز فمن بلغ سن التمييز 13 سنة يكون مسؤولاً عن الأفعال الضارة بالغير هذا مانصت عليه المادة 125 ق.م " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً " أما إذا كان أقل من 13 سنة فلا مسؤولية عليه ويتساوى معه المجنون والمعتوه (2).

الفرع الثاني: الضرر :

الضرر كما رأينا قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً ويشترط في الضرر أن محققاً أي وقع فعلاً أو أنه سيقع في المستقبل على وجه التأكيد أما إذا كان محتمل الوقوع فلا يمكن التعويض عنه إلا في حالة وقوعه ومثال : الضرر المحقق أن يصاب عامل فيعجزه عن العمل فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذي وقع من جراء عجزه عن العمل في الحال بل وعن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل ويقع عن ⁶⁹إثبات الضرر على الدائن (3).

1- المرجع السابق. ص140

2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق. ص150

3- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص299

الفرع الثالث :علاقة السببية :

أي وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي إرتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص الآخر ولا يكون الشخص مسؤولا عما إرتكبه من أفعال إذا أثبت أن الضرر قد نشأ بسبب أجنبي وذلك للانتقاء العلاقة السببية المادة 127 .

المطلب الثاني : المسؤولية الناشئة عن فعل الغير:

نص عليها المشرع الجزائري من المادة 134- 137 ق.م وتقسم إلي قسمين : مسؤولية المكلف بالرقابة , مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.

الفرع الأول : مسؤولية المكلف بالرقابة :

تنص المادة 134 ق.م فقرة 1 "كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا به شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب خلته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعل الضار " وعليه حتى تقوم مسؤولية الشخص عن من في رقابته يجب توافر شرطين :

أ- أن يكون الشخص متوليا الرقابة على شخص آخر : سواء كانت الرقابة قانونية كرقابة الأب على ابنه أو الرقابة التي يكون مصدرها الاتفاق كرقابة مدير مستشفى الأمراض العقلية على المرضى
ب- صدور فعل ضار ممن هو تحت الرقابة :ولا مسؤولية إلا إذا حدث فعل ضار ممن هو تحت الرقابة بالغير .

أساس مسؤولية المكلف بالرقابة :

تقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس أي يفترض أن المكلف قد أخل بما عليه من واجب الرقابة بمجرد وقوع فعل ضار من الشخص الموضوع تحت هذه الرقابة فيفترض في متولي الرقابة أنه لا يبذل العناية اللازمة ويستطيع هذا الأخير أن ينفي المسؤولية عنه فيقع عليه عبء إثبات السبب الأجنبي أو أنه بذل العناية الواجبة للرقابة. المادة 134 ق.م

الفرع الثاني :مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه:

تنص المادة 136 ق.م " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بجعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو مناسبتها " " تتحقق علاقة التبعية ولولم يكن المتبوع حرا في اختياره تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع " حتى تقوم المسؤولية هنا يجب توافر شرطين /:

أ- وجود علاقة تبعية: وتكون في السلطة الفعلية : كعقد العمل مثلا أو في عنصر الرقابة والتوجيه كأن يقوم التابع بعمل لحساب المتبوع

ب- صدور خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها : وتأدية الوظيفة كأن يدهس سائق أثناء عمله شخص في الطريق عن خطأ أما بسببها أو بمناسبةها كأن يصطدم سائق السيارة شخص بعد إنتهاءه من العمل وعند قيامه بنزهاة قبل إيداع سيارة مخدمة في المر أب

الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع :

اختلفت الآراء حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع غير أن المرجح منها أن أساسها القانون .

حق المتبوع في الرجوع على التابع :

يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه وهذا في حالة ارتكابه خطأ جسيما "المادة 137 ق.م "

الفرع الثالث : المسؤولية الناشئة عن الأشياء :

نص عليها المشرع الجزائري من المادة 138 – 140 مكرر وتقسم إلى:

أولاً: مسؤولية حارس الحيوان :

تنص المادة 139 ق.م " حارس الحيوان ولو لم يمن مالكا له مسؤول عما يحدثه الحيوان ولو ظل الحيوان

أو تسرب مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه"

حتى تقوم المسؤولية يجب توافر شرطين :

أ- أن يتولى شخص آخر حراسة الحيوان .

ب- أن يحدث الحيوان ضررا وتقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ المفترض .

ثانياً :المسؤولية حائز العقار والمنقولات عن الحريق ومسؤولية مالك البناء:

نصت عليه المادة 140 ق.م " من كان حائزاً بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسؤولاً نحو الغير عن الأضرار التي يسببها هذا الحريق إلا إذا أثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم " " مالك البناء مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه يجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير على حسابه" .

ثالثاً : مسؤولية المنتج عن متوجه :

يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية " فقرة 2 " يعتبر منتوجاً كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار لا سيما المنتوج الزراعي والصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية "

رابعاً :مسؤولية حارس الأشياء الأخرى :

تنص المادة 138 ق.م " كل من تولى حراسة شئ وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير بالرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشئ " فقرة " ويعفى من هذه المسؤولية حارس الشئ " " إذا أثبت أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل : عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة " حتى تقوم المسؤولية هنا يجب أن يتوافر شرطين :

✚ أن يتولى شخص حراسة شئ من الأشياء.

✚ أن يحدث الشئ ضرر بالغير .

وأساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض من جانب الحارس.

الفصل الخامس : الإثراء بلا سبب

الإثراء بلا سبب :

وضع القانون المدني الجزائري الفصل الخاص بالإثراء تحت عنوان : شبه العقود, وقد سبق أن ذكرنا أن هذه التسمية خاطئة ومهجورة وقد نصت المادة 141 منه على ما يلي ((كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شأنه منفعة ليس لها ما يبرره يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل (أو الشيء)) ويلاحظ أن النص العربي يختلف عن النص الفرنسي لهذه المادة في أنه يقتصر على عبارة : ليس لها ما يبررها في حين أن النص الفرنسي يقول ((sans une cause))

أيدون سبب وهو تعبير أدق من التعبير العربي الذي يفسح المجال للتوسع في عدم المبرر مع أن المراد هو السبب القانوني الذي يفسح المجال للتوسع في عدم المبرر مع أن المراد هو السبب القانوني الذي حدده القضاء الفرنسي في الحكم السابق الذكر. الصادر بتاريخ 1914/5/22 , بأنه هو العقد أو الشبه العقد والجنحة أو الشبه الجنحة , كما أن الفقه العربي مجمع على تحديد السبب القانوني بأنه العقد أو القانون , على أن يفهم القانون هنا بمعنى واسع , بحيث يكون مصدر الإثراء بالقانون إذا ترتب الإثراء على الفعل غير المشروع , أو كسب حق بالتقادم , أو بقوة الشيء المقضي به فكلما كسب الإنسان شيئاً بحكم القانون إمتنع الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب وصار الإثراء بلا سبب منحصر في الإثراء الذي ليس سبب قانوني.⁽¹⁾

ويستخلص من نص المادة 141 م.ج أن أركان الإثراء بال سبب أربعة في القانون المدني الجزائري وثلاثة في القوانين الأخرى , فطبقاً لكل القوانين يشترط في الإثراء توافر أركان ثلاثة هي : إثراء المدين وإفنتقار الدائن , وعدم وجود سبب للإثراء , وقد زاد القانون المدني الجزائري شرطاً رابعاً وهو أن يكون الإثراء بحسن نية⁷⁰ وفيما يلي تفصل هذه الشروط :

1- د علي علي سليمان . المرجع السابق ص233

المبحث الأول : إثراء المدين : فلا بد من أن يتحقق إثراء المدين سواء كان إثراء ماديا وهو الأغلب أو كان إثراء معنويا , وسواء كان الإثراء إيجابيا وهو الأصل أو كان سلبيا وسواء كان الإثراء بطريق مباشر من الدائن إلى المدين أو بواسطة شخص آخر.

- **فأما الإثراء المادي:** فكثيرا ما يتحقق بالمال فينتقل مبلغ من المال من ذمة الدائن إلى ذمة المدين وقد يتم بتقديم منفعة أو عمل مادي يقوم الدائن به لمصلحة المدين .

- **أما الإثراء المعنوي :** فمثله أن يثري تلميذا علميا من دروس خصوصية قام بها معلم , ولقد كان الإثراء المعنوي غير معترف به في القانون الروماني , وما زال القانون الألماني والسويسري يشترطان أن يكون الإثراء ماديا (م812 / 1 ألماني و 62 سويسري)) بل وكان بعض الفقهاء في فرنسا يرى هذا الرأي غير أن الرأي السائد اليوم فقهاء وقضاء في فرنسا وفي الفقه والقضاء العربيين هو أن الإثراء قد يكون معنويا.

- **وأما الإثراء الإيجابي :** وهو الغالب فيتمثل في إدخال قيمة مالية أو منفعة مادية في ذمة المدين.

وقد أوردا القانون المدني أمثلة للإثراء الإيجابي في أحوال الإلتصاق المنصوص عليها بالمواد 783- 785 م.ج وفي حالة عقد الإيجار الذي إنتهت مدته وكان المستأجر قد أحدث بناء أو غراسا في العين المستأجرة إذا إختار المؤجر أن يستبقياها (507م.ج)

- **وأما الإثراء السلبي :** فمثله أن يقوم شخص بسداد أن يقوم شخص بسداد دين في ذمة المدين أو أن يتلف شخص مالا له لإنقاذ مال للمدين كان سيهلك أو أن يقوم المستأجر بالترميمات التي يجب على المؤجر أن يقوم بها طبقا لنص المادة 479 و480 م.ج

- **وأما الإثراء المباشر :** فهو الذي يتم من الدائن إلى المدين دون توسط شخص آخر بينهما مثل قيام المستأجر بالترميمات الواجبة على المؤجر في المثل السابق وقد يكون الأثراء قد تم نفسه لا بفعل المفتقر كمن يستولى على مال لغيره دون حق.

- **وأما الإثراء الغير المباشر :** فهو الذي يتم بين المدين وشخص لا تربطه به علاقة مثل مالك الأرض وتاجر الأسمدة في القضية التي سبق ذكرها فقد أثرى مالك الأرض على حساب تاجر الأسمدة الذي لم تكن تربطه به أية علاقة . ومثل ربان السفينة الذي يلقي في البحر ببضائع لتخفيف حمولة السفينة ولإنقاذ البضائع الباقية من الهلاك , فيثري أصحاب هذه البضائع على حساب أصحاب البضائع التي ألقاها الربان في البحر إثراء غير مباشر.

المبحث الثاني : إفتقار الدائن: ويجب أن يكون هذا الإفتقار مترتبا على إثراء المدين أي أن تقوم بينهما علاقة سببية , فإذا قام شخص بإنشاء حديقة في منزله وجعلها تجميلا جعل منزل جاره ترتفع قيمته فإن الجار يكون قد أثرى بارتفاع قيمة منزله ولكن من أنشأ الحديقة لم يفتقر ولم يحمق بإنشائها إلا لمنفعة نفسه ويلاحظ ، الإفتقار قد يكون ماديا أو معنويا , ومباشر أو غير مباشر كما هي الحال في الإثراء تماما.

المبحث الثالث : إنعدام السبب القانوني : فيجب ألا يكون الإثراء أو الإفتقار ناشئا عن عقد أو عن فعل غير مشروع أو عن أي سبب قانوني آخر كالتقادم , أو حجية الشئ المقضي به.

ولقد اختلفت آراء الفقه الفرنسي في تحديد معنى السبب هنا إختلافا بينا , والرأي الذي إستقر عليه الفقه العربي طبقا لقوانيننا العربية هو أن السبب هنا هو المصدر القانوني المكسب للإثراء وقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن شرط الثالث للإثراء مايلي : ((ألا يكون للإثراء الحادث أو الإفتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررها فلا يجوز مثلا أن يرجع الواهب على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب , لأن بين المتعاقدين تصرفا قانونيا هو عقد التبرع يبرر إفتقار أحدهما وإثراء الآخر) هذه هي الشروط الثلاثة التي أوردتها القوانين العربية الأخرى وقد زاد عليها القانون الجزائري حسن النية .

المبحث الرابع: شرط حسن النية في القانون المدني الجزائري : باشتراط حسن النية لدى المثرى خالف القانون المدني الجزائري القوانين العربية الأخرى التي لم تشترط مثل هذا الشرط القانون المدني المصري (م179) والسوري(م180) والليبي (م182) والعراقي(م240 — 243) كما خالف القانون الروماني وهو المصدر الأول لنظام الإثراء الذي أقامه على أساس دعوى (l' action de rem verso) الإثراء ولم يحمق فيه أي إعتبار لحسن النية أو لسونها , وكانت هي الأساس الذي بني عليه القانون الفرنسي القديم الإثراء بلا سبب تم تلقاه عنه القضاء الفرنسي واصل الإثراء وبلوره وحدد شروطه التي سبق أن درسناها , وليس من بينها شرط حسن النية ثم تلقاه التشريعات الحديثة كما تلقته قوانيننا العربية عن القضاء الفرنسي فنصت القوانين العربية الحديثة على الإثراء دون أن تشير إلى حسن النية القانون الألماني (م812) السويسري (م62) البولوني (م123) والمشرع الفرنسي — الإيطالي (م73) .

ذلك أن التشريعات كلها قد إتخذت كالقضاء الفرنسي , معيار موضوعيا objectif لا معيار شخصي subjectif فلم تنظر فيه إلى شخص المثرى أو إلى شخص المفتقر , قام المعيار الموضوعي فيها على مبدأين الأول هو مبدأ العدالة l'équité الذي يقضي بأنه لا يسوغ أن تثري ذمة مالية على حساب إفتقار ذمة مالية أخرى , والثاني — هو نتيجة للمبدأ الأول هو البحث عن إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين وهو التوازن l'équilibre الذي إحتمل على أثر الإثراء والإفتقار.

وبناء على هذين المبدئين لم تعر هذه التشريعات أية أهمية لشخص المثرى والمفتقر فلم تشترط فيهما الأهلية ونصت قوانيننا العربية الأخرى صراحة على أن كل شخص ولو غير مميز إلخ . فلم تشترط في المثرى حتى أن يكون مميزا .

أما القانون المدني الجزائري فقد ساير القانون التونسي (م72) والقانون المغربي (م67) والقانون اللبناني (م142) وقد أقامت هذه القوانين معيار الإثراء على أساس شخصي ذاتي *subjectif* فأخذت في الإعتبار بحسن النية المثري.

ولكن إذا كان الأمر كذلك وأنه يجب أن يكون المثري حسن النية فما حكم المثري سيئ النية ؟ لم تتعرض القوانين الثلاثة , الجزائري والتونسي والمغربي لهذا الفرق بينهما تعرض له القانون اللبناني في المادة 142 التي فرقت بين المثري حسن النية فلم تلزمه إلا برد ما بقي لديه من الإثراء يوم رفع الدعوى بحيث لو كان قد تصرف فيه أو كان قد هلك فإنه لا يلزم بشئ , وبين المثري سيئ النية فالزمته برد ما أثرى به يوم حدوث الإثراء مهما كان قد هلك قبل رفع الدعوى أو كان قد تصرف فيه للغير كما ألزمته فوق ذلك برد الثمار التي جناها أو كان يستطيع أن يجنيها من الشئ الذي أثرى به.

وإذن فالقانون اللبناني لم يخرج المثري سيئ النية من نطاق نظام الإثراء وأن كان قد شدد عليه الجزاء أسوة بما فعل , وبما فعلت القوانين الأخرى في أحوال إسترداد مادفع دون حق وفي أحوال الإلتصاق , والثمار التي يجنيها الحائز. وقد فرقت فيها بين حسن النية وسوئها ولكنها لم تخرجها من نظام الإثراء وإعتبرتها تطبيقات له , وأن كانت قد خصتها بأحكام تختلف عن المادة (141) 151 – وإذن فماذا يكون حكم المثري سيئ النية في القانون المدني الجزائري ؟

إعتقاداً أنه ينبغي أن يعاد النظر في المادة (141 مج) فإما أن يؤخذ في الإثراء في الإثراء بلا سبب بالمعيار الشخصي , وإذن فيجب أن يضاف إلى هذه المادة حكم من يثري بسوء النية ويشدد الجزاء عليه كما فعل القانون اللبناني .و إما أن يحذف من هذه المادة شرط حسن النية , ويكون القانون المدني الجزائري قد أخذ بالمعيار الموضوعي في الإثراء بلا سبب وحذا في ذلك حذو القوانين العربية الأخرى وحذو القضاء الفرنسي , وحذو القوانين الغربية التي سبق ذكرها , أما قول بعض شراح القانون المدني الجزائري بإخضاع المثري سيئ النية لأحكام المسؤولية التقصيرية التي نصت عليها المادة 124 م.ج ففيه خلط بين نظامين مختلفين ومصدرين للإلتزام مستقلين يقوم كل منهما على أركان تختلف عن أركان الآخر . فالمسؤولية التقصيرية تقوم على عناصر ثلاثة خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ولا يشترط في الخطأ فيها أن يكون بسوء نية فقد يكون المخطئ حسن النية حتى لو كان خطؤه جسيماً .

ولذلك إنتقدا الفقه إحاق الخطأ الجسيم بالغش طبقاً لقاعدة اللاتينية التي تقول *Culpa lata dolo aequiparature* لأن الغش يقوم على سوء النية وليس كذلك الخطأ.

وإلى جانب ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية ركن الضرر , فلا مسؤولية بدون صرر في حين أن الإثراء بلا سبب يقوم على عنصرين الإثراء والإفتقار وعلى علاقة السببية بينهما , وعلى إنعدام السبب القانوني للإثراء . ولا يشترط في الإثراء خطأ بالمعنى المطلوب في المسؤولية التقصيرية والذي يقوم على المعيار الإنحراف عن سلوك الرجل المعتاد (Le B.P.F).

كما أنه لا يشترط في الإثراء ضرر فقد لا يصيب المفتقر إفتقاراً معنوياً صرر وإذن فلو قلنا أن المثرى بسوء نية يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية , لوصلنا إلى النتائج التالية :

أولاً : الخلط بين نظامين ومصدرين مستقلين للإلتزام .

ثانياً : التضييق في نطاق الإثراء بلا سبب وقصره على المثرى حسن النية في حين أ، كثيراً من حالات الإثراء تحدث بسوء نية , ويترتب على ذلك أن يصبح هذا المصدر للإلتزام ضئيل الأهمية .

ثالثاً : ترك المثرى بسوء نية يفلت من أحكام الإثراء ولا يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا لم يعتبر سوء نيته مكوناً لركن الخطأ في هذه المسؤولية أ، إذا لم يصب المفتقر بأي ضرر .

وليس أدل على ذلك من هذا الحكم الذي أصدرته محكمة الإستئناف المختلطة في مصر بتاريخ 1925/3/4 وقضت فيه بتطبيق حكم الإثراء على محل تجاري أثرى على حساب مجهود شخص له صلات تجارية بمحالات في الخارج فالمفتقر في هذه القضية لم يصبه أي ضرر , وكل ما قام به هو إستخدام صلاته الحسنة بهذه المحالات وتوصيتها بالتعامل مع المحل التجاري الذي أثرى , وهذا الأخير لم يرتكب خطأ يستوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية مع أنه سيئ النية لأنه أبقى أ، يعرض المفتقر.⁽¹⁾

المبحث الخامس: الجزاء المترتب على الإثراء بلا سبب: إذا توافرت شروط الإثراء التي شرحناها , وجب على المثرى أن يعرض المفتقر . ولكن ما هي حدود هذا التعويض ؟ طبقاً لنص المادة 141 م.ج يعرضه بقدر ما إثري به , وقد حذا القانون المدني الجزائري في ذلك حذو القانونين التونسي والمغربي , وإتفق مع القانون الألماني والسويسري في الحكم فإذا أخذنا بهذا الحكم فإنه يترتب عليه أ، يثرى المفتقر على حساب المثرى إذا , كان ما أثرى به المثرى تزيد قيمته عن قيمة ما إفتقر به المفتقر , ويجب عندئذ على المفتقر , أن يرد هذه الزيادة إلى المثرى , إذهي إثراء بلا سبب وهكذا يكون هناك ما يسمى في المنطق دوراً وتسلسلاً . وإذا رجعنا إلى القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه, فلن نعرف بالضبط ما هي حدود التعويض, لأن نصوص هذه القوانين تقول ((يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص (المفتقر) عما لحقه من خسارة)). فهذا النص غامض بحيث لا يستخلص منه هل المقدار هو ما أثر به المثرى أو ما لحق المفتقر من الخسارة ؟ .

ولقد كان المشروع الفرنسي الإيطالي واضحاً في قوله ((بمقدار ما أثرى به وما إفتقر به المفتقر)) . أي بأقل القيمتين , قيمة ما أثرى به المثرى , وقيمة ما إفتقر به المفتقر . فإذا كان المثرى قد أثرى بأكثر مما إفتقر به المفتقر , فليس لهذا الأخير أن يحصل على أكثر مما خسره , وإلا كان مثيراً بدوره على حساب المثرى دون سبب قانوني , كما أنه إذا كان المثرى قد أثرى بأقل مما خسّر المفتقر فإنه لا يلتزم إلا برد ما أثرى به , لأنه لا يحاسب على أساس خطأ ارتكبه حتى نلزمه بتعويض كل الضرر الذي أصاب المفتقر , وإنما يحاسب على أساس ما حصل عليه من إثراء فقط .

وعلى هذا سار القضاء الفرنسي منذ وضع مبدأ الإثراء وأجمع الفقه الفرنسي على ذلك , وكذلك سارت على الحل مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري وكذلك الفقه العربي .

ولم ترد في القوانين العربية (فيما عدا القانون اللبناني) شروط أخرى للإثراء غير الشروط التي درسناها , أ/ القضاء الفرنسي , وتتبعه في ذلك أغلبية الفقه , فيشترط أن يبقى الإثراء قائماً حتى يوم رفع الدعوى , أي تعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية Subsidaire لا يلجأ إليها المدعي إلا إذا إنعدمت وسيلة أخرى للحصول على حقه وتوافرت شروط الإثراء الأخرى .

1- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص 239

ولقد إنتقدا شرط بقاء الإثراء حتى يوم رفع الدعوى بأنه يترتب عليه ظلم صارخ بالنسبة إلى المفتقر , إذ ما هودنبيه إذا كان المثري قد بدد ما أثرى به أ, تصرف فيه قبل رفع الدعوى ؟ وما ذنبيه إذ كانت القوة الشرائية للعملة قد إنخفضت بين الفترة التي حدثت فيها خسارته وفترة رفع الدعوى ؟ ولقد تنبه المشرع الفرنسي لهذا الظلم فصدر قانون بتاريخ 1960/5/17 قرر وجوب رد الإثراء يوم حدوثه في المواد 554, 555 الخاصتين بالإلتصاق وفي المادة 570 الخاصة بإستعمال مواد مملوكة للغير وفي بعض أحوال أخرى , ولقد إتجه قضاء محكمة النقض الفرنسية نحو هذا الإتجاه.

أما القانون اللبناني فقد فرق بين المثري حسن النية فألزمه برد ما أثرى به يوم رفع الدعوى وبين المثري سيئ النية فألزمه برد ما أثرى به وبأكثر يوم حدوث الإثراء .

ولقد حرص القانون المدني المصري والقوانين التي خذت حذوه , على النص على بقاء الإلتزام برد ما أثرى به المثري يوم حدوث الإثراء ولو كان ما أثرى به زاد يوم رفع الدعوى.

أما القانون المدني الجزائري فقد أغفل التعرض لهذا الحكم , محتذيا في ذلك حذو القانونين التونسي والمغربي وبعض القوانين الغربية , وقد كان ينبغي أن يفصل في هذا الخلاف بنص قاطع.

وإعتقدا أ, العدالة التي قام على أساسها نظام الإثراء بلا سبب , تقتضي أن يقدر الإثراء يوم حدوثه حتى لا يظلم المفتقر إذا بدد المثري ما أثرى به قبل رفع الدعوى , أ, تصرف فيه للغير , أو إذا نخفضت قيمة العملة الشرائية بين فترة حدوث الإثراء ورفع الدعوى , وهو كثيرا ما يحدث في عصرنا الحالي .

هذا ولقد إشتراط القضاء الفرنسي ألا توجد وسيلة أخرى أمام المفتقر لتعويض ما إفتقر به , وقد أطلق على هذا الشرط إصطلاح الإحتياطية *la subsidiarité* وقد إستمدته القضاء الفرنسي من رأي الفقهاء أوبرى ورو وكان أول حكم أصدره بإحتياطية هذه الدعوى هو الحكم الذي أصدره بتاريخ 1915/3/2 وبعد أن, وضع مبدأ الإثراء بالحكم الذي أصدره في سنة 1982 في قضية تاجر الأسمدة السابقة الذكر وقد كان الحكم المذكور قد أطلق الحق في رفع دعوى الإثراء دون شرط فخيف أن يفتح الباب على مصرعيه أمام كل مفتقر ليرفع هذه الدعوى , فاضطر في حكم 1915 إلى أ, يقول أن الدعوى التي تقوم على أساس *l'action de in rem verso* وهي الدعوى التي تقوم على أساس العدالة , لا تقوم إلا إذا لم يكن المفتقر يستطيع اللجوء إلى دعوى أخرى تترتب الإثراء فيها على جنحة أ, على شبه جنحة أو على عقد أو على شبه عقد ويقول المعلق على هذا الحكم في مجموعة الأحكام الكبرى أ, محكمة النقض تعني بإحتياطية هذه الدعوى أنها لا تقبل إذا كان المفتقر يستطيع أن يسترد حقه من المثري بأية وسيلة أخرى , أو كان للمفتقر دعوى أخرى ولكن قام مانع قانوني من رفعها , مثل سقوط الحق في رفعها لمضي مدة التقادم أو للسقوط (*La réchéance*) أو لعدم قبولها , أو لأن المثري قد حصل على حكم بصحة أثرائه حاز قوة الأمر المقضي أو لأن المفتقر عجز عن إثبات حقه في دعوى أخرى يشترط فيها الإثبات بالكتابة , أو لأي سبب قانوني آخر.

وإذا فهمنا الإحتياطية على هذا النحو فإن محكمة النقض الفرنسية تكون على حق في إشتراطه , لأن معنى إشتراطه هو ألا يكون للإثراء سبب قانوني لأن إنعدام هذا السبب من أركان هذه الدعوى . فمثلا من كسب حقا بالتقادم يعتبر التقادم سببا قانونيا لكسب حقه , فلا يجوز لمن سقط حقه بهذا التقادم أو يرفع ضده دعوى الإثراء لأنه أثرى بسبب قانوني , فتخلف ركن من أركان الإثراء , وكذلك من كسب حقا بمقتضى حكم حاز قوة الشيء المقضي , فلا يجوز .

لمن صدر هذا الحكم ضده أن يرجع عليه بدعوى الإثراء لأنه كسب حقه بسبب قانوني هو الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي , فتخلف ركن من أركان دعوى الإثراء وإذا عجز شخص عن إثبات حقه بالدليل الذي يتطلبه القانون , كما لو كان حقه تزيد قيمته على 10000 دينار ويجب إثباته بالكتابة (م133 ج) ولم يقدّم مانع مادي أو أدبي يحول دون الدليل الكتابي , ولا فقد الدائن السند الكتابي بسبب أجنبي لا بدله فيه (م336) كما لو كان عقد قرض تزيد قيمته عن ألف دينار فليس له أن يرجع على المقرض بدعوى الإثراء بلا سبب لأن المثري كسب حقه بسبب عقد القرض فتخلف سبب دعوى الإثراء . ولقد أتى القانون المدني بمثل لذلك في عقد المقاوله , فنصت (م561 ج) على أنه إذا أبرم المقاول عقدا كتابيا مع رب العمل على أساس تصميم إتفق عليه ثم حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة بدون موافقة رب العمل على ذلك كتابة , فليس للمقاول أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب وذلك لأن إثراء رب العمل له سبب قانوني هو عقد المقاوله , فتخلف ركن من أركان دعوى الإثراء .

أما إذا قام لدى المفتقر مانع فعلى من رفع دعوى أخرى , فلا مانع من أن يرفع دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا ما قضت به محكمة مونتيلية في حكم لها بتاريخ 1969/2/4/3 في قضية معلم قام بإعطاء دروس خصوصية لصبي يتولى والده ولاية عليه , فلما طالب المعلم والد الصبي بأجره , بإعتبار أن الوالد ملزم بالإنفاق على والده .. وجد هذا الوالد معسر insolvable وكان الصبي قد أصبح موسرا بسبب ميراث أُل إليه . فأجازت المحكمة للمعلم أن يرجع على الصبي بدعوى الإثراء لقيام مانع فعلي من مطالبة الوالد المعسر .

ولقد أتى القانون المدني بمثل لذلك في المادة (م146 ج) التي أجاز فيها الرجوع بدعوى الإثراء لقيام مانع فعلي من الرجوع بدعوى إسترداد مادفع دون حق , فقضت هذه المادة بأنه : ((لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن , وهو حسن النية . قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات , أو ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين , ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء) .

فهنا أجاز القانون لمن أوفى الدين وهو غير ملزم بالوفاء , أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب على المدين الحقيقي الذي كان ملزما بالوفاء , وذلك لقيام مانع فعلي يحول بينه وبين إسترداد ما دفعه دون حق من الدائن الذي أصبح مجردا من السبب الذي كان يستطيع أن يستند إليه للرجوع على المدين الحقيقي.

وإذن فكلما وجد مانع فعلي من رفع المفتقر دعوى للحصول على حقه فليس هناك مانع من يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب , ومن هذا الرأي ستارك , وهو يضرب مثلاً لذلك تاج الأسمدة في القضية التي عرضناها , فقد رفع دعواه ضد مالك الأرض ولم يرفعها ضد المزارع لأنه كان معسراً فقام دون رفع الدعوى ضدها مانع فعلي.

وهذا هو أيضاً رأى الأستاذ Lequette في مجموعة أحكام المحاكم الكبرى وهو يستشهد لذلك بحكم صدر من دائرة العرائض في 1940/9/11 .

إذن فلا محل للنقاش الحاد الذي قام به الفقهاء حول شرط الإحتياطية في دعوى الإثراء لأن هذا الشرط يقتضي عدم وجود سبب قانوني للإثراء . فلماذا إنقسم الفقه بصدد هذا الشرط بين مؤيد له ومنتقد , سواء من الفقهاء الفرنسيين أو من الفقهاء العرب الذين إنقسموا أيضاً بين مؤيد له أو منتقد .

ولقد بلغ إنتقاد الأستاذ السنهوري لهذا الشرط إلى حد الوقوع في الزلل حين قال ((إن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية , فإذا إجتمعت مع دعوى أخرى كدعوى العقد , أو دعوى المسؤولية التقصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة كان للمدعي الخيار بينهما وبين هذه الدعوى)) . وحين قال ((ويتبين مما قدمناه أن دعوى أصلية , فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها , كان للمدعي الخيار بين الدعويين)).

ونسى الأستاذ السنهوري أن الدعاوي التي ذكرناها , وهي دعوى العقد ., قام الإثراء فيها بسبب العقد , فتخلف ركن من أركان دعوى الإثراء وهو إنعدام السبب ودعوى المسؤولية التقصيرية قام الإفتقار فيها على الفعل الضار فتخلف ركن من أركان دعوى الإثراء وهو إنعدام السبب , ودعوى دفع غير المستحق قام فيها الإثراء على سبب تولى القانون النص عليه بالمواد 143 وما يليها فأصبح له سبب قانوني وتخلف بهذا السبب ركن دعوى الإثراء وهو إنعدام السبب القانوني , وكذلك الأمر في دعوى الفضالة التي نظم القانون أسباب الرد فيها بالمواد 150 وما يليها فتخلف بذلك ركن من أركان دعوى الإثراء وهو إنعدام السبب القانوني . وإذن فكلما وجدت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ولم يقم مانع فعلي يمنع من رفعها , فيكون هناك سبب يمنع من إستعمال دعوى الإثراء التي تستلزم إنعدام السبب .

ولقد وقع الأستاذ جميل الشراوي في نفس الزلل حين قال ((وإذا كانت الواقعة التي ترتب عليها الإثراء والإفتقار , تفتح أمام المفتقر طريقاً قانونياً آخر للمطالبة بتعويضه على إفتقاره , جاز له أن يلجأ إلى هذا الطريق الآخر , دون طريق دعوى الإثراء , مادام حقه في كل من الطريقين قائماً)) وقد ضرب لذلك مثلاً بقيام دعوى المسؤولية إلى جانب دعوى الإثراء , وجعل للمدعي (المفتقر) الخيار بينهما . ونحن نرد عليه بما رددنا به على الأستاذ السنهوري , بأن الإفتقار في المسؤولية التقصيرية قام على سبب قانوني وهو الفعل الضار فانعدام سبب قيام دعوى الإثراء بلا سبب.

وخالصة ما تقدم هي أن دعوى الإثراء بلا سبب لا تقوم إذا كان للمفتقر أن يرجع على المثري بأي سبب قانوني , بأية دعوى أخرى , أو كانت له دعوى أخرى يستطيع أن يرفعها ولكن حال دون رفعها مانع

قانوني , أما إذا كان قد إستحال عليه رفع الدعوى الأخرى لمانع فعلي لا يدلّه فيه فيكون له الحق في رفع دعوى الإثراء . وبهذا المعنى يجب أن نفهم شرط الإحتياطية *la subsidiarité* الذي يتطلبه القضاء الفرنسي واطع أساس دعوى الإثراء بلا سبب.⁽¹⁾

المبحث السادس: تقادم دعوى الإثراء بلا سبب: *la prescription*

نصت المادة 142 م.ج على تقادم دعوى الإثراء بقولها " " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بإقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض , وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بإقضاء (خمس عشرة) سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق) فدعوى الإثراء بلا سبب تتقادم أما بمدة عشر سنين من اليوم الذي يعلم فيه المفترق بحقه في تعويض ما إفتقر به , وهو لا يعلم بحقه هذا إلا إذا علم بإفتقاره من ناحية , وعلم بمن أثرى على حسابه من ناحية أخرى , فإذا هو علم بإفتقاره من ناحية وعلم بمن أثرى على حسابه من ناحية أخرى , فإذا هو علم بإفتقاره ولكن لم يعرف من أثرى على حسابه , أو لم يعرف ما إفتقر به , فإن التقادم يخضع للقاعدة العامة وهي 15 سنة من يوم نشوء الحق في التعويض أى من يوم حدوث الإثراء بلا سبب . وإذا حدث أن توافر له العلم السابق بيانه بعد مضي 13 أو 14 سنة فإن حقه في رفع دعوى الإثراء يسقط بمضي 15 سنة من يوم حدوث الإثراء فلا تكون لديه الأمد سنتين أو مدة سنة في المثليين المتقدمي الذكر.

ولا يسعنا هنا إلا أن نكرر ما سبق أن قلناه بصدد دعاوي الإبطال ودعوى المسؤولية التقصيرية من أن القانون المدني الجزائري قد أطال في مدد التقادم في هذه الأحوال , وهذا التطويل يؤدي إلى عدم إستقرار الأوضاع القانونية .

وقد خالف القانون المدني الجزائري هنا أيضا القوانين العربية الأخرى التي قصرت مدة التقادم في الدعوى الإثراء إلى ثلاث سنين من تاريخ العلم السابق الذكر (المادة 180م.م, 181 م.س, 183 م ليبي) . بل أن قانون الإلتزامات السويسري قصر المدة إلى سنة واحدة من تاريخ العلم (المادة 67 منه) وإلى عشر سنين من تاريخ نشوء الحق.

أما القانون المدني الفرنسي , فإنه لم ينص على مدة قصيرة لسقوط دعوى الإثراء بالتقادم , ولذلك فإن مدة تقادم⁷² هذه الدعوى تخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 2262 وهي 30 سنة⁽²⁾ .

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 246
2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 247

الفصل السادس : دفع غير المستحق

دفع غير المستحق : paiement de l'indu

يفترض دفع غير المستحق أن شخصا يظن أنه مدين يقوم بالوفاء بما يظنه ديناً في ذمته إلى شخص ليس له الحق في تسلم ال الدين , أو أن مديناً حقيقياً قام بالوفاء بدينه إلى دائن غير دائنه الحقيقي , فيكون له الحق إسترداد ما دفعه دون حق في الحالتين , ويشترط أن يكون الموفي قد وقع في غلط سواء في الواقع أو في القانون . ودفع غير المستحق كان أول ما عرف من صور الإثراء بلا سبب في القانون الروماني , وقد نظم له دعاوي مستمدة من دعوى الإثراء المعروفة

Condictio sine causa ومعناها دعوى l'action d'in rem verso ودعوى Condictio indebiti

وغيرها .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية دون شك إسترداد ما دفع دون حق ووردت صور كثيرة له في الكتب الفقه الإسلامي وقرن نصوصه مرشد الحيران في المادتين 202 و 207.

وقد نص عليه تقنين نابليون في المواد من 1376 إلى 1381 التي أوردتها تطبيقاً للمبدأ الذي ورد بالمادة 1235 التي تقضي بأن كل وفاء يفترض وجود دين , وأن ما دفع بغير حق يرد.

ولقد سماه تقنين نابليون بالأثر المترتب عليه la répétition de l'indu أي إسترداد ما دفع دون حق , بينما سمته القوانين العربية : دفع غير مستحق وهي تسمية أدق , لأن الدفع هو مصدر الإلتزام بالرد , وقد سمي الدافع في فرنسا le solvens والمدفوع له I accipiens . وقد تناوله القانون المدني في المواد من 143 إلى 149 عقب الإثراء بلا سبب مباشرة لأنه تطبيق من تطبيقاته , وإن كان قد خصه بأحكام يختلف بعضها عن أحكام مبدأ الإثراء بلا سبب.

وقد نصت المادة 143 م.ج على ما يلي : ((كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له , وجب عليه رده)).

((غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء)) ونصت المادة 144 على أنه : ((يصح إسترداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للإلتزام لم يتحقق سببه أو للإلتزام زال سببه. وهاتان المادتان تتفقان حرفياً مع نص المادتين 181 و 182 مدني مصري ونص المادتين 182 و 183 مدني سوري ونص المادتين 184 و 185 مدني ليبي , ونص المادة 1/233 والمادة 236 مدني عراقي وتقترب من المواد 71—72 مدني تونسي ومن المواد 66—71 مدني مغربي , ومن النصوص الفرنسية والغربية.

فالمادة 143 تضع المبدأ العام الذي يقضي برد ما دفع دون حق , فإذا كان شخص يظن أنه مدين قام بالوفاء بما يظنه ديناً في ذمته لشخص غير دائن له , إلّتم هذا الأخير برد ما تسلّم دون حق . وإذا قام مدين حقيقي بالوفاء بدينه لدائن لشخص غير دائنه وهو يظنه دائنه الحقيقي , وجب على هذا الدائن غير الحقيقي رد ما تسلّمه دون حق وتعرض المادة المذكورة لاستثنائين :

1- خاص بالشخص الذي يعلم أنه غير مدين ولكن يقوم مع ذلك بدفع ما هو غير مدين به , كأن يكون قد

قصد بالدفع التبرع , فليس له في مثل هذا الفرض الحق في الإسترداد , مالم يكن ناقص الأهلية

2- أن يكون قد قام بالدفع مكرها وهو في الواقع غير مدين ومثال ذلك أن يكون الشخص قد قام بالوفاء

بدينه وحصل من دائنه على مخالصة بالوفاء ولكن فقدت منه , وعلم دائنه بفقدائها فطالبه بدفع الدين

مرة ثانية وهدده برفع دعوى بهذا الدين وبإجراء حجز تحفظي على ماله , فخشي على سمعته ودفع

الدين مرة ثانية . ثم عثر على المخالصة التي كانت مفقودة , فيكون له الحق في إسترداد ما دفعه مرة

ثانية دون حق , ويلاحظ أن هذا الحكم معطوف على ناقص الأهلية ولقد قضت المادة 143 م.ج

باستثناء ناقص الأهلية إذا قام بالوفاء بدين غير مستحق , في ذمته , سواء كان يعلم أو لا يعلم بأنه

غير مدين , فإن له الحق في إسترداد ما دفعه دون حق حتى لو كان يريد التبرع , لأن القاصر يعتبر

تصرفه التبرعي ضارا به ضررا محضا فيكون باطلا بطلانا مطلقا (م83 من قانون الأسرة).

ولكن ماذا يكون الحكم لو كان القاصر ناقص الأهلية مدينا حقيقيا وقام بالوفاء عالما بذلك ؟ لقد تناول القانون

المدني المصري حكم هذا الفرض بالمادة 2/325 التي نصت على أنه : ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن

ليس أهلا للتصرف فيه ينقضي به الإلتزام إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي)) ومعنى ذلك أنه إذا قام القاصر

بالوفاء بدين حقيقي في ذمته وهو عالم بذلك , فليس له الحق في إسترداده.

ولقد أغفل القانون المدني الجزائري هذا الحكم ولم يأت بفقرة ثانية للمادة 260 منه المقابلة للمادة 325 مدني

مصري . ولو رجعنا إلى المادة 73 من قانون الأسرة لوجدنا أن قيام القاصر بالوفاء بدين في ذمته يعتبر من

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر , فقد يكون الوفاء بما في ذمته من دين نافعا له إذا كان قد وفي به عند

حلول أجله. ولاسيما إذا كان ذا ميسرة وكان الدين ينتج فوائد في الحالة التي يجيز فيها القانون المدني الفوائد

(م456م.ج) وقد يكون الوفاء ضارا به إذا كان قد قام بالوفاء قبل حلول الأجل ولم يكن منتجا لفوائد , لا سيما

أن المادة 1450م.ج قد خالفت القوانين العربية الأخرى وقضت بعدم إسترداد المدين الذي يدفع قبل حلول

الأجل .

ولذلك فإن الوفاء الذي يقوم به القاصر تصرف يدور بين النفع والضرر , وبالتالي يطبق عليه حكم المادة 73

من قانون الأسرة ويتوقف نفاذه على إقرار الولي أو الوصي له , وأن كانت فكرة التصرف الموقوف التي

أتى بها قانون الأسرة مستمدا إياها من الشريعة الإسلامية , غير معروفة في القانون .

رأينا أن المادة 141 م.ج تفترض أن الوفاء كان قد تم بإلتزام لم يتحقق سببه أو بإلتزام زال سببه ويفترض ذلك فرضين:

أولاً: أن يكون الدين لم يوجد أصلا ومثال ذلك وارث يقوم بتنفيذ وصية قام بها مورثه ولكن كان المورث قد عدل عن هذه الوصية قبل موته أو حولها إلى موصي إليه آخر , فيلتزم الذي تسلم الوصية من الوارث بردها أو شخص يقوم بتعويض عن فعل يظنه غير مشروع وأنه مسؤول عنه , في حين أن قانون الدولة التي يدفع فيها التعويض يعتبر فعله مشروعا (م2/20م.ج) أو شخص يقوم بدفع دين في ذمة غيره وهو يظن أنه المدين بهذا الدين . وقد يكون الدين غير موجود أصلا بالنسبة إلى المدفوع له لا بالنسبة إلى الموفي , مثال ذلك أن يقوم مدين حقيقي بالوفاء بدينه ولكن لغير دائنه وقد يقوم المشتري بدفع الثمن في عقد باطل بطلانا مطلقا مثل (م2/92م.ج) ويكون للمشتري الحق في إسترداد الثمن أو أن يقوم شخص بالوفاء في تصرف معلق على شرط واقف لم يتحقق بعد أو لم يتحقق بياتا.

الثاني: أن يكون الدين قد وجد أصلا ولكن سببه , ومثال ذلك دفع الثمن في عقد قضى بفسخه أو إبطاله , وللفسخ أو الإبطال أثر رجعي , ويقتضي أن يعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه فيكون للمشتري أن يسترد الثمن أو أن يكون العقد إشتراطيا لمصلحة الغير ورفضه المنتفع أو نقص المشتري الإشتراك لمصلحة المنتفع قبل أن يعلن هذا الأخير ورغبته في الإنتفاع بالإشتراط , ثم قام المتعهد بدفع الإشتراط إلى هذا المنتفع جاهلا برفضه , فيكون له الحق في الإسترداد لأن حق المنتفع كان قد نشأ لمصلحته من يوم إبرام الإشتراط ولكنه زال بسبب رفض المنتفع أو نقص المشتري (م116,117 م.ج) .

ويزول سبب الدين أيضا إذا كان قد إنقضى بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتجديد أو بغيرها من طرق الإنقضاء فيما عدا الإنقضاء بالتقادم , فقد نصت المادة (320م.ج) المقابلة لمادة 1/386 مدني مصري على أنه " " يترتب على التقادم إنقضاء الإلتزام , ولكن يتخلف في ذمة المدين إلتزام طبيعي " " وقد نصت المادة 162 م.ج على أنه ((لا يسترد المدين ما أداه بإختياره بقصد تنفيذ إلتزام طبيعي)) وهي تقابل المادة 201 مدني مصري . وطبقا لهذين النصين إذا قام المدين بتنفيذ إلتزام طبيعي فليس له أن يسترده إذا كان قد قام بالوفاء به مختار أو لأنه لا يجبر على تنفيذه (م160 م.ج) فقيامه بالوفاء مختار بهذا الإلتزام يعتبر من جانبه قياما بواجب مستحق خلقيا في ذمته ولكن قامت وسيلة فنية قانونية بعدم إلتزامه به بقوة القانون . وإذن فقد نسي⁷³ الأستاذ السنهوري ذلك حين ذكر من بين الديون التي يجوز إسترداد الوفاء بها الدين الطبيعي. (1)

المبحث الأول : حالة الوفاء بدين لم يحل أجله: تنص المادة 145 م.ج على أنه ((لا يمكن الدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول أجله , أما إذا تم الوفاء معجلا فلا يجوز إسترداد ما دفع حتى ولو كان المدين يجهل الأجل وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يطالب في حدود الضرر اللاحق به , برد مبلغ الإثراء الذي حصل عليه الدائن بسبب هذا الوفاء المعجل)) وهذه المادة تقابل المواد 183 م.م , 184 م.س, 186 م ليبي, و235 م عراقي , ولكنها تختلف في الحكم عن هذه المواد , وتتفق مع المادة 1186 من تقنين نابليون ومع المادة 118 من المشروع الفرنسي الإيطالي وتتفق تقريبا مع القانون اللبناني المادة 144 , ومع القانون النمساوي تقريبا المادة 1234 .

والعبارة الأولى منها لم ترد في القوانين العربية الأخرى , ولكنها وردت في القوانين الغربية المشار إليها وهي العبارة التي تقضي بأن ليس للدائن أن يطالب بتنفيذ إلتزام لم يحل أجله بعد , وهذا حكم متفق عليه بين كل القوانين المذكورة فما دام الدين مضافا إلى أجل فليس للدائن أن يطالب به قبل حلول الأجل . أما الحكم الذي أورده المادة 145 م.ج فقد اختلفت فيه عن القوانين العربية الأخرى , وإتفقت فيه مع القوانين الغربية ومع القانون اللبناني وهو حكم ما إذا كان المدين قد قام بدفع دينه معجلا قبل حلول الأجل , فطبقا للقانون المدني الجزائري والقوانين التي إتفق معها , لا يجوز للمدين , حتى ولو كان يجهل الأجل , ان يطالب بإسترداد ما دفعه معجلا , في حين أن القوانين الأخرى أجازت له طلب الإسترداد إذا كان جاهلا قيام الأجل , أما إذا كان عالما بالأجل فليس له الحق في الإسترداد.

وأرى أن القانون المدني الجزائري قد أحسن صنعا بالأخذ بهذا الحكم لأن المدين الذي يقوم بالوفاء بدينه قبل حلول الأجل قد يجد مصلحته في ذلك لأنه يخشى أن يكون معسرا عند حلول الأجل في حين أنه قادر على الوفاء عند القيام به , أو لكي يتجنب الفوائد التي سوف تستحق عليه خلال الزمن الباقي قبل حلول الأجل , إذا كان القانون لا يحرم الفوائد في حالته . ثم أن المفروض أن الأجل مضروب لصالح المدين , فإذا قام بالوفاء قبل حلوله فإنه يكون قد تنازل عن حكم تقرر لمصلحته فلماذا نعطيه الحق في إسترداد ما دفعه ثم يجبر مرة أخرى على سداه عند حلول الأجل وربما أصبح معسرا ؟

ثم أن القانون قد منحه الحق في مطالبة الدائن بتعويضه عما يكون قد لحق به من ضرر في حدود ما أثرى به الدائن , وإذن فقيامه بسداد دينه قبل حلول الأجل , إذا لم يحقق له مصلحة , فإنه لن يضره , وإذا فرض أنه ضره فإن التعويض الذي سوف يحصل عليه يزيل هذا الضرر , وإذن فلا معنى لطلب الإسترداد في هذه الحالة.

حالة خاصة يتمتع فيها الإسترداد : نصت المادة 146 م.ج على ما يلي : ((لا محل لا سترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن , وهو حسن النية , قد تجرد من سند الدين ,

أو ما حصل عليه من التأمينات , أو ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين الحقيقي , ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء ((وقد سبق أن أشرت إلى هذه المادة في مبدأ الإثراء .
وهذه المادة تقابل المادة 84 م.م, 185 م.س, 187 م.لبيي, كما أنها تتفق تماما مع المادة 73 مدني تونسي ومع المادة 28 مدني مغربي و وأن كانت المادتان توضحان أن تجرد الدائن من سند دينه قد يكون بإتلافه ماديا أو بإلغائه وأما المادة 144 مدني لبناني فهي تتفق تماما مع المادتين 73 و28 السابقتي الذكر , وأما المادة 2/27 من المشروع الفرنسي الإيطالي فقد إقتصرت على تجرد الدائن من سند دينه أو من تأميناته بحسن نية , ولم تتكلم عن التقادم .

أما المادة 1146 مدني إيطالي فهي تقضي بأن ليس على الدائن أن يرد ما قبض إذا كان قد تجرد من سند دينه ومن تأميناته بحسن النية , أي أنها تشترط التجرد من الإثنين معا , ولا يكفي أن يتجرد من إحدهما , وأما المادة 2/1377 من تقنين نابليون فهي تقتصر على تجرد الدائن من سند دينه فقط ولا تشترط أن يكون حسن النية ولا تذكر فقد التأمينات ولا السقوط بالتقادم .

ولكن محكمة النقض الفرنسية زادت في حكم لها بتاريخ 1912/11/27 على ما ورد في المادة 1377 قولها :
أن يكون الدائن قد أتلف سند دينه إتلافا ماديا أو فقد تأمينات بحسن نية:

وتفترض هذه الحالة أن شخصا يضمن أنه مدين يقوم بالوفاء لدائن غير دائنه الحقيقي , بل هو دائن ولكن لغير الموفي , وتسلم هذا الدائن الدين بحسن نية ، أي ظن أو ما تسلم من هذا المدين هو دينه الحقيقي فترتب على ذلك أن أعدم سند دينه , سواء إعداما ماديا بأن مزقه , أو إعداما معنويا بأ، أشر على سنده بالمخالصة وسلم إلى الموفي مخالصة بسداد الدين , أو ترك التأمينات التي تضمن سداد الدين , كأ، تكون التأمينات رهنا عقاريا لم يجده , أو رهنا حيازيا يرده إلى الراهن , أو كان الدين مكفولا بكفيل شخصي فيبرئه من الكفالة ، أ، يترك دعواه ضد المدين الحقيقي تسقط بالتقادم .

ففي كل هذه الفروض يكون هذا الدائن الحسن النية قد فقد حقه في إستيفاء دينه من مدينه الحقيقي معتقدا أنه إستوفاه من المدين غير الحقيقي الذي دفع له الدين , ولذلك منع القانون الإسترداد هنا وحرم الموفي من أن يطالب هذا الدائن بالرد . ولكن منحه الحق في مطالبة المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب لأن المدين الحقيقي قد أثرى إثراء سلبيًا بسداد ما عليه من دين ولم يكن لاثرائه على حساب الموفي أي سبب , وبهذا الحكم حمى القانون الدائن حسن النية , ويستوي أن يكون حسن نية كل منهما ناتجا عن غلط في الواقع أو غلط في القانون....

المبحث الثاني أحكام رد ما دفع دون حق: درسنا فيما سبق أحكام دفع غير المستحق , وتعرض فيما يلي لأحكام رد ما دفع دون حق.

وقد تناولت المادة 147 م.ج هذه الأحكام وميزت بين من تسلم غير المستحق بحسن نية , وبين من تسلمه بسوء نية . فنصت هذه المادة على ما يلي : ((إذا كان من تسلم غير (المستحق) حسن النية , فلا يلزم (بأن) يرد إلا ما تسلم أما إذا كان سيئ النية فإنه يلزم أيضا برد الأرباح التي جناها , أو التي قصر في جنبها من الشيء الذي تسلمه من غير حق , وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية : وعلى كل حال يلزم من تسلم غير المستحق برد الثمرات من يوم رفع الدعوى)) وتقابل هذه المادة المواد 185 م.م , 186 م.لبيي , 2/233 م.عراقي , وتقابل المادة 80 تونسي والمادة 75 مغربي وإن كانتا قد فصلتا تفصيلا طويلا , ولكنهما ميزتا , كالقانونين السابقين الذكر بين من تسلم بحسن نية ومن تسلم بسوء نية .

أما المادة 1378 من تقنين نابليون والمادة 1147 مدني إيطالي , والمادة 68 من المشروع الفرنسي الإيطالي فلم تتعرض كلها إلا لمن تسلم بسوء نية وقد استخلص منها حكم حسن النية بمفهوم المخالفة.⁽¹⁾

المطلب الأول : حالة ما إذا كان الموفي له حسن النية: إذا كان من تسلم الدين من غير مدينه الحقيقي حسن النية , وحسن النية مفترض , فإنه لا يلتزم إلا برد ما تسلم , فإن كان ما تسلمه عينا , يلتزم برد عينا دون ما جناه منها من ثمار , وهو يمتلك الثمار مادام حسن النية , ولا يلتزم بردها إلا من اليوم الذي يصبح فيه سيئ النية , وهو يصبح كذلك إذا رفعت ضده دعوى الإسترداد , أو إذا أثبت الموفي أنه كان سيئ النية , وإذا كانت الثمار التي يمتلكها الموفي له حسن النية طبيعية أو صناعية فإنه يمتلكها من يوم فصلها , وإذا كانت مدنية فإنه يمتلكها يوما فيوما (م.ج 837 م.ج) ويراد بالثمار الطبيعية ما ينتجه الشيء دون تدخل الإنسان , وبالثمار الصناعية ما تتدخل يد الإنسان في إنتاجه . بالثمار المدنية الإيجار والفوائد , وإذا هلك العين في يد الموفي له حسن النية بسبب لا يدل عليه فلا يلتزم برد شيء , ويلحق بالهلاك الضياع بدون خطأ منه , وإذا ادعى الموفي أن الموفي له قد أهلك العين أو أضعها بخطأ منه فعليه أن يثبت هذا الخطأ. وإذا كانت العين قد أهلكت أو تلفت بسبب أحبي لا يدل عليه ولكن عادت عليه فائدة من هذا الهلاك أو التلف , كتعويض أو تأمين , أو إستعمال إنقاض بناء إنهار في بناء آخر له , يلتزم برد ما عاد عليه من منفعة وبقدر إثارته فقط لا بقدر ما⁷⁴ أصاب الموفي من ضرر .

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 254

وإذا كان الموفي له قد تصلاف في العين للغير , فإما أن يكون قد تصرف فيها بغوض , وحينئذ لا يلتزم إلا ببرد ما قبضه من عوض فقط ولو كانت قيمة العين تزيد عما قبض أو زادت عند الرد .

وإما أن يكون قد تبرع بها , وحينئذ لا يلزم برد شئ إلى الموفي , ولا يلزم المتبرع له بردها إلى الموفي , وللموفي أ، يطالب من تصرف إليه الموفي له بدعوى الإستحقاق إذا كان قد تلقاه من الموفي له بعوض , وذلك لأن الموفي له قد تصرف فيما يملك , فيكون للمالك الحقيقي , وهو الموفي , دعوى إستحقاق ضد هذا المتصرف إليه يطالبه فيها برد العين , ما لم يكن المتصرف إليه قد تملكها بالتقادم إن كانت عقارا أو بالحيازة إن كانت منقولا , بالشروط المطلوبة في تملك العقار أو المنقول بالحيازة . وعلى الموفي أن يرد ما دفعه من عوض إلى الموفي إليه , إن كان الموفي قد قبض العوض من الموفي إليه .

وأما المصروفات التي صرفها الموفي على العين المستردة , فيسري في شأنها ما قضت به المادة 839 م.ج بقولها : ((على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات (الضرورية) ويراد بالمصروفات الضرورية تلك التي تلزم للمحافظة على العين لكي تبقى على الحالة التي كانت عليها . وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة , تطبق المادتان 784 و785 .)) (وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أ، يطالب بشئ منها , غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أ، يرد الشئ بحالته الأولى إلا إذا إختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم)) أي كما لو كانت إنقاصا . وطبقا لنص المادتين 784 و785 , المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة , وهما خاصتان بأحكام الإلتصاق تطبق أحكام الإلتصاق هنا .

وبما أن بصدد الموفي له حسن النية و فإن أحكام المادة 785 هي التي تطبق , وأما المادة 784 , فسوف ندرس تطبيقها بصدد الموفي له سيئ النية ويطلق على المصروفات النافعة بالفرنسية *Les dépenses utiles* وطبقا لنص المادة 785 , الخاصة بالمصروفات النافعة , وهي التي تزيد في قيمة الشئ ولكنها ليست ضرورية لحفظه , ليس للمسترد أن يطلب إزالة ما أقامه الموفي له من منشآت بهذه المصروفات , ولكنه يخير بين أن يدفع إلى الموفي له قيمة المواد التي أقيمت بها وقيمة أجر العمل الذي صرف في إقامتها , وبين أن يدفع إليه مبلغا يساوي قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسببها (*La plus value*) وللوفي إليه أن يطلب نزع هذه المنشآت بشرط أن يعيد العين إلى الموفي بالحالة التي كانت عليها .

ويلاحظ أنه إذا إختار الموفي الدفع وكانت قيمة المنشآت , كبيرة وكان سداد قيمتها دفعة واحدة متعذرا فطبقا لأحكام المادة (841 م.ج) يجوز أن يطلب من القاضي له بدفعها على أقساط دورية , على أ، يقدم ضمنا لذلك مثل كفيل أورهن .

أما إذا كانت قيمة المصروفات النافعة كرهقة له , فإن له أن يطلب من الموفي له تملك العين نظير تعويض عادل (م2/785 م.ج) يقدره القاضي .

أما إذا كانت المصروفات التي أنفقها الموفي له على العين المستردة كمالية *Dépenses voluptueuses* ويراد بالمصروفات الكمالية تلك التي صرفت لتزين العين وتجميلها للإستماع الشخصي , فلا يلزم المسترد بدفعها و ولكن للموفي له أن ينزع ما أحدثه في العين بهذه المصروفات , بشرط أن يعيد العين إلى الحالة التي كانت عليها . وإذا أراد المسترد أن يستبقئها , إلترزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة , أي إنقاضا ودون أجرة إقامتها .

لنفرض الآن أو ما دفع بدون حق نقود أو أشياء مثلية (*Choses de genre*) فبالنسبة إلى النقود . فإن , على الموفي أن يرد مثلها عددا وقدرها وصفة , مثال ذلك أن يكون قد تسلم ألف دينار في 1970 , ووجب عليه ردها في السنة 1988 فعليه أن يرد ألف دينار , مهما كانت القوة الشرائية للعملة قد إنخفضت خلال هذه الفترة , وفي ذلك ظلم لمن دفع غير المستحق , ولكن بهذا تقضي قوانيننا العربية .

أما في فرنسا , فقد لا حظت محكمة النقض هناك ما في ذلك من صرر يحيق بالموفي , فأصدرت الدائرة المدنية الثانية فيها حكما بتاريخ 1968/10/11 قضت فيه بإعادة تقدير العملة بحسب قيمتها يوم الرد , أي طبقا للنظام الذي عرف هناك بإسم *L'indexation* . وإذا كان القانون يجيز دفع فوائد , فليس على الموفي له حسن النية أن يدفعها , وإذا كان ما دفع دون حق أشياء مثلية , مثل قمح أو شعير أو أرز , فإن على الموفي له أن يرد مثلها , وللموفي أن يطلب رد قيمتها .⁽¹⁾

المطلب الثاني : حالة ما إذا كان الموفي له سيئ النية : سبق أن رائنا أن الفقرة الثانية من المادة 147 م.ج تنص على أن الموفي له إذا كان سيئ النية أي يعلم بأن ما تسلمه ليس من حقه , ويجب على الموفي أن يثبت سوء نية الموفي إليه , لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس , ففي حالة ثبوت سوء نيته , يلتزم طبقا لنص الفقرة المذكورة , برد ما تسلم على التفصيل الآتي :⁽²⁾

فإذا كان ما تسلم عينا معينة , فعليه أن يردها كما هي إذا كانت باقية في يده , وعليه كذلك أن يرد ما قبضه منها من ثمار وما كان يستطيع أن يقبضه وقصر في قبضه , وسواء كانت هذه الثمار طبيعة أو صناعية أو مدنية غير أن , له أن , يطلب من المسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار , طبقا لنص العبارة الأخيرة من المادة 838 م.ج . وإذا كانت العين الموفي بها هلكت أو تلفت أو ضاعت من يد الموفي له ولو بقوة قاهرة , أي بدون خطأ منه إلترزم برد قيمتها إلى الموفي وقت الهلاك أو التلف أو الضياع , ولا يعفي من ذلك إلا أن ثبت أن العين كانت سوف أن العين كانت سوف تهلك ولو كانت بين يدي الموفي . وإذا كان الموفي له قد تصرف في العين إلى الغير يعرض فللموفي أن يطالبه برد العين إليه وله أن يرفع على المتصرف إليه وله أن يرفع على المتصرف إليه دعوى إستحقاق لاسترجاعها وإذا عجز عن إسترجاعها كان له الحق في مطالبة الموفي له إما بقيمتها إن كان العوض الذي حصل عليه الموفي له ممن تصرف إليه من قيمتها , وإما بالعوض الذي قبضه إن كان أكثر من قيمتها . أما إذا كان الموفي له قد تصرف فيها تبرعا , فللموفي أن يطالب بإستحقاقها أو يطالب الموفي له بقيمتها . أما ما صرف على العين خلال حيازته لها , فإما أن تكون مصاريف ضرورية , فيكون له الحق في المطالبة بها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 839 م.ج وإما أن يكون مصروفا نافعة فيطبق بصددها نص المادة 784 , فيكون للموفي أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة ما أنشأه الموفي له بهده المصروفات من منشآت إزالتها على نفقة الموفي له , وأن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر يكون قد أنشأ عن الإزالة , وإذا أراد إستبقئها , كان له الخيار بين أن يرد إلى الموفي له قيمتها مستحقة الإزالة أي⁷⁵ إنقاضا وبدون أجرة إقامتها , وبين أن يدفع إليه مبلغا يساوي مازاد في قيمة العين بسبب هذه

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 258

2- د. بلحاج العربي . النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني . الجزء الثاني . ص 286

المنشآت . ويجوز للموفي له أن يطلب نزع هذه المنشآت بشرط ألا يكون الموفي قد إختار إستبقاءها وإلا يترتب على نزعها ضرر للعين .

وأما إذا كان الموفي له قد قام بإنفاق مصروفات كمالية فليس له أن يطالب المسترد بشيء منها , غير أن له أن يزيل ما أحدث بها من منشآت , بشرط ألا يحدث نزعها ضررا بالعين وبشرط ألا يكون المسترد قد إختار إستبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة.

أما إذا كان ما تسلمه الموفي له نقودا, فعليه أن يردها , مع ملاحظة تغير القيمة الشرائية للعملة , فإذا كانت قيمتها الشرائية قد إنخفضت فعليه أن يدفع قيمتها يوم الإسترداد وقد سبق أن قلنا أن القضاء الفرنسي يقضي بذلك تطبيقا لنظام التدرج L'indexation حتى لسيئ النية وعليه كذلك أن يدفع فوائدها في الحالة التي يجيز القانون فيها دفع الفوائد , من يوم ثبوت سوء نيته , وأما إذا كان ما تسلمه أشياء مثلية, فعليه أن يرد مثلها.

المطلب الثالث : حالة ما إذا كان الموفي له ناقص الأهلية: تنص المادة 147 على أنه ((إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثرى به)) وهذه المادة تقابل المادة 186 م.م, والمادة 187 م.س, والمادة 189 م.لبيي , والمادة 234 م.عراقي , ولا مقابل لها في التقنين المدني الفرنسي , ولكن المشروع الفرنسي الإيطالي نص عليها بالمادة 68 .

وتطبيقا لحكم المادة 148 , إذا كان من تسلم غير المستحق ناقص الأهلية لقصر في السن أو لأي سبب آخر من سفه أو غفلة أو عته (طبقا لنص المادة 43 م.ج) فإنه لا يلزم برد ما تسلمه دون حق إلا في حدود ما أثرى به . ولقد سبق أن قلنا أن المادة 2/103 م.ج الواردة في بطلان العقد تقضي بالألا يعيد ناقص الأهلية , إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد , وإذن فالمادة 148 ما هي إلا تطبيق لنفس المبدأ . فيما أنه يشترط في من تسلم غير المستحق أن يكون أهلا للتعاقد , لأنه لا يلزم بإرادته . بل بمقتضى القانون, وبما أن الأصل في رد غير المستحق أن يرد كله , خروجا على مبدأ الإثراء بلا سبب الذي لا يرد فيه إلا أقل القيمتين , فقد إستثنى المشرع في رد غير المستحق, من كان ناقص الأهلية وألزمه برد ما عاد إليه من منفعة فقط بسبب ما تسلمه دون حق , فإذا كان ما تسلمه عينا معينة , فإنه يلتزم بردها إذا كانت مازلت باقية على حالها ولكن إذا كانت قد هلكت أو تلفت أو ضاعت بدون خطأ منه , ولو كان ذلك بقوة قاهرة , فإنه لا يلتزم برد شيء وكذلك الأمر لو كان قد تبرع بها . أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع بخطأ منه يلتزم بالتعويض طبقا لنص المادة 2/125 م.ج .

وأما إذا كان ما تسلمه نقودا , فإنه لا يلتزم إلا برد ما صرفه منها لمنفعة عادت عليه , فإذا كان قد صرفها في اللهو أو بذرها , فلا يلزم برد شيء. وإذا كان قد تسلم أشياء مثلية إنتفع بها إلتزم برد مقدار ما إنتفع به منها , وإذا كانت قد هلكت دون أن ينتفع منها بشيء , ودون خطأ منه , فلا يلتزم برد شيء . ويستوى في كل ذلك أن يكون ناقص الأهلية حسن النية أو سيئها .

سبق أن قلنا أن القضاء الفرنسي قد جرى على أن يطبق القاعدة اللاتينية القديمة (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) التي تقضي بأن الملوث لا يسترد شيئاً. وقلنا أن القوانين العربية لم تأخذ بهذه القاعدة , مع أن مشروع القانون المدني المصري كان قد نص عليها بالمادة 3/201 , ولكن لم يوافق عليها أثناء المناقشة ولم يؤخذ بها في النصوص الحالية , كما أن القانون المدني الجزائري لم يأخذ بها.

ولقد أخذت بهذه القاعدة بعض التشريعات الغربية , مثل القانون الألماني (م817) والسويسري الفرنسي الإيطالي (م2/27) وغير هذه التشريعات . ويقول ستارك أن دعوى إسترداد ما دفع دون حق لا تقبل تطبيقاً لهذه القاعدة اللاتينية. أما طبقاً لقوانيننا العربية فللمولت الحق في إسترداد ما دفعه دون حق ولا يعمل بهذه القاعدة اللاتينية.

المطلب الرابع : سقوط دعوى الإسترداد بالتقادم La prescription .

تنص المادة 149 م.ج على ما يلي ((تسقط دعوى إسترداد ما دفع بغير حق بإنقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم من دفع غير المستحق بحقه في الإسترداد , وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء (خمس عشرة) سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق)) .

وهذا النص يقابل , مع الإختلاف في المدة التقادم , المواد 187 م.م 188 م.س , 190 م.لبيي , 244 م.عراقي ولا يوجد له مقابل في تقنين نابليون فيخضع التقادم فيها للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 2262 . وطبقاً لنص المادة 149 م.ج تسقط دعوى الإسترداد بإنقضاء عشر سنين من يوم علم من دفع غير مستحق بأن له الحق في الإسترداد وبمضي خمس عشرة سنة من يوم نشأ الحق , إذا لم يكن قد علم بحقه في الإسترداد. ولقد سار القانون المدني الجزائري على نفس المبدأ الذي سار عليه في دعاوي الإبطال وفي دعاوي الإثراء والفضالة , في حين أن القوانين العربية الأخرى قصرت المدة إلى ثلاث سنين من تاريخ العلم , متبعة في ذلك نفس المنهج الذي سارت عليه في دعاوي الإبطال والمسؤولية والإثراء والفضالة , محافظة على إستقرار المعاملات بين الناس (1).

ويلاحظ أن قانون الإلتزامات السويسري قد نص في المادة 67 منه على سقوط كل دعاوي الإثراء , ومنها دعوى إسترداد ما دفع دون حق , بمضي سنة من تاريخ العلم , ومضي عشر سنين من تاريخ نشوء الحق في حالة عدم العلم (2).

1- د. علي سليمان . المرجع السابق . ص261

2- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص489

الفصل السابع : الفضالة

La gestion d'affaires : الفضالة

تمهيد :

كلمة الفضالة ينبغي أن تفهم هنا بمعنى التفضل لا بمعنى الفضولي المتطفل .

وقد عرفت الفضالة منذ عهد القانون الروماني , الذي كان يعتبرها شبه عقد quasi contrat و يقيمها على فكرة العدالة وتطبيقا من تطبيقات الإثراء بلا سبب .

وكانت الفضالة فيه تنصب على الأعمال المادية والقانونية . وكان يسمى الفضولي negotiorum gestor ولكن لم يكن يعتبره , كما هي الحال اليوم , نائبا قانونيا عن رب العمل , بل كان لا يرتب آثار أعمال الفضولي إلا إذا أقرها رب العمل , طبقا للقاعدة Ratihabito mandato aequiparature أي أن الإقرار الأحق يعتبر وكالة .

وذلك لأن القانون الروماني لم يكن يعرف نظام النيابة La représentation المعروفة اليوم .

وكان يقضي بضرورة أن يكون عمل الفضولي لصالح رب العمل نافعا له , ولا يتطلب فيه أن يكون عاجلا Urgent كما تتطلب اليوم بعض القوانين العربية , وإذا قام بالعمل لمصلحة رب العمل , إلتزم هذا الأخير برد ما أثرى به . وكان يعتبر الفضولي مسؤولا نحو رب العمل , مسؤولية رب الأسرة الطيب (Le B.P.F) . ثم تلقى القانون الفرنسي القديم الفضالة عن القانون الروماني وإعتبرها شبه عقد , غير أنه قلب الوضع الذي كان سائدا في القانون الروماني الذي كان يعتبر الفضالة تطبيقا من تطبيقات الإثراء بلا سبب , فاعتبر الإثراء بلا سبب من تطبيقات الفضالة , ولكن تنقصه نية العمل لمصلحة الغير , ولذا فهو يعتبر فضالة ناقصة Cestion d'affaires anormale والسبب في ذلك أن مبدأ الإثراء بلا سبب لم يكن قد وضع بعد وانتقل هذا الوضع إلى القضاء الفرنسي الذي ظل يعتبر الفضالة الناقصة هي الأصل في مبدأ الإثراء بلا سبب كما سبق ذكره , إلى أن وضع مبدأ الإثراء بلا سبب في قضية الأسمدة السابقة الذكر في سنة 1892 .

وقد تناول تقنيين نابليون النص على الفضالة بالمواد 1372 إلى 1375 وسمى الفضولي Le gérant وسمى رب العمل Le maitre de l'affaire . وأخضع الفضولي إلى أحكام الوكالة , وأعتبره كما لو كان قد وكل صراحة من رب العمل غير أن القانون المدني الفرنسي لم يوضح ما إذا كانت الفضالة تتضمن القيام بالأعمال المادية والقانونية معا ولا يشترط أن يكون العمل عاجلا أو نافعا , وأعتبرا مسؤولية الفضولي مسؤولية رب الأسرة الطيب (Le B.P.F) ولكنه خفف من مسؤوليته عما ارتكب من خطأ أو إهمال تبعا للظروف التي دعت إلى القيام بشؤون رب العمل .

وقد تولى القضاء الفرنسي بلورة أحكام الفضالة وسد الثغرات التي وردت في القانون المدني وقد كان هذا القانون , مكملا بالقضاء , هو المصدر الرئيسي للفضالة في قوانيننا العربية.

أما في الشريعة الإسلامية , فقد أنكر البعض وجود الفضالة وقالوا أن الفضولي إذا قام بعمل للغير يعتبر متبرعا ولكن الأغلبية من فقهاء المسلمين تعترف بالفضالة , لا كمبدأ عام ولكن في بعض الحالات , وطبقت الفضالة على الأعمال المادية وعلى التصرفات القانونية , ولكنها لم ترتب آثارها بقوة القانون كما سوف نرى في القوانين العربية , بل وقفت هذه الآثار , على إقرار رب العمل لها , كما كان الأمر في القانون الروماني , ولذلك إشتربت فيه الأهلية وسوف نرى أن القوانين العربية لا تشترط توافر أهلية التعاقد لا في الفضولي ولا في رب العمل في أغلب حالات الفضالة , على خلاف في الرأي لدى الفقهاء العرب .⁽¹⁾

المبحث الأول : الفضالة في القانون المدني الجزائري : نصت المادة 150 م.ج على تعريف الفضالة بما يلي : ((الفضالة هي أن يتولى الشخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر , دون أن يكون ملزما بذلك .))

ونصت المادة 151 منه على أن ((تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنًا لنفسه , قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر)) وتقابل هاتان المادتان المواد 189, 190 م.م, 191, 192 م.س, 192, 193 م.لبيبي 154, 155 م.لبناني والمادة 1179 م.تونسي والمادة 943 م.مغربي . كما يقابلها نص المادة 61 من المشروع الفرنسي الإيطالي , والمادة 419 سويسري والمادة 677 مدني ألماني , ولكن يلاحظ أن هذين القانونين لا يشترطان أن يكون الفضولي عالما بينما يشترطه المشروع الفرنسي الإيطالي و كما يلاحظ أن القوانين العربية الأخرى , إشتربت أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي يتطلب الإستعجال و وقد تخلف هذا الشرط في القانون المدني الجزائري وفي القوانين , الألماني والسويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي , بينما يشترط القانونان التونسي والمغربي أن يكون العمل ضروريا .

أما القانون المدني الفرنسي فقد إشترب القصد ولم يشترط الإستعجال (م1372) ولم تبيّن كل هذه القوانين أن الفضالة التي شبهتها بالوكالة , تختلف عنها في أن الفضالة تقع على الأعمال المادية والقانونية معا بينما⁷⁷الوكالة لا تكون إلا في الأعمال القانونية .

ومن كل هذه النصوص يتضح أن الفضالة تفترض أن شخصا غير ملزم لا قانونا ولا إتفاقا ولا قضاء بأن يقوم بعمل , مادي أو قانوني و لحساب شخص آخر وهو يعلم بذلك , فهو إذن يقوم بعمل إنساني إيثاري Altruiste يقصد به تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائبا بعيدا وقد يكون غير قادر ولو كان قادرا لقام بالعمل الذي قام به الفضولي , ويجب أن يكون الفضولي قد قصد تأدية المساعدة للغير بحيث لو قصد العمل لمصلحته هو فلا تتحقق الفضالة ولو كان العمل في الواقع لصالح الغير , وإذا كان العمل الذي قام به مشتركا بين مصلحته ومصلحة الغير , بحيث يكون الإرتباط بين المصلحتين لا يقبل الانفصال , تحققت الفضالة. ومما تقدم نستطيع إستخلاص أركان الفضالة⁽¹⁾.

المبحث الثاني : أركان الفضالة : طبقا لنصوص القانون المدني الجزائري تقوم الفضالة على أركان ثلاثة هي :

- 1- أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير , وهذا هو الركن المادي.
- 2- أن يكون ذلك عن قصد , أي أن تنصرف نيته للعمل لحساب الغير وهذا هو الركن المعنوي .
- 3- ألا يكون ملزما بذلك قانونا أو إتفاقا ولا منهيا عنه , وهذا هو الركن القانوني . وهناك ركن رابع لم يشر إليه القانون المدني الجزائري , وقد اختلفت التشريعات بصده وهذا هو الركن هو أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي لصالح رب العمل نافعاً و أو ضروريا , أو مستعجلا.⁽²⁾

المطلب الأول : ونتولى شرح هذه الأركان فيما يلي جامعين الركنين الأول والثاني لاجتماعهما بالمادة 150م.ج الأول والثاني : أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير , وأن يكون قيامه بالعمل قد قصد به تحقيق مصلحة للغير, وقد جمعت بين الركنين المادي والمعنوي لاتصالهما ببعضهما , كما ورد في المادة 150 م.ج ويتضمن هذان الركنان أمرين , الأول , ما هو المراد بالشأن , والثاني ما هو المراد بأن يكون لحساب الغير , وهما الإصطلاحان الواردان في النص المادة 150 م.ج ونشرح فيما يأتي بيانه الأعمال التي يتولاها الفضولي وقصده. ليس المراد بلفظ شأن الوارد في النص شأناً واحداً , فالفضالة قد تشمل شؤوناً عديدة , ولذلك كان النص الفرنسي أشمل حين يقول Affaires بالجمع , فقد يقوم الفضولي بشأن واحد وقد يقوم بعدة شؤون تدخل في نطاق الفضالة , غير أنه كان هناك خلاف حول ماذا كان المراد بالشأن أو الشؤون الأعمال المادية والقانونية معا أو أن الفضالة تنصب على الأعمال القانونية وحدها , فقد كان الفقيه بلانيول , يرى أن الفضالة لا تنصب إلا الأعمال القانونية وحدها مستندا في رأيه إلى أن المادة 1372 م. فرنسي تقضي بأن يلتزم الفضولي كما لو كان وكبلا صراحة عن رب العمل , وبما أن الوكالة لا تكون إلا في الأعمال القانونية فكذلك الفضالة . غير أن أغلبية الفقه الفرنسي كادت تجمع على شمول الفضالة لكلا النوعين , وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن حسمت الأمر في حكم لها صدر من دائرة العرائض بتاريخ 1910/2/28 قالت فيه أن الفضالة تشمل النوعين . ولذلك عدل لانيول عن رأيه في شرح القانون المدني المطول , ولكن إذا قام الفضولي بعمل مادي , فقد يكون هذا العمل المادي بالنسبة إلى رب العمل , عملا قانونيا بالنسبة للفضولي , مثال ذلك أن يتعاقد مع الغير للقيام بعمل مادي لرب العمل كإعادة جدار إنقض في منزل رب العمل , فإتفق مع مقول على إصلاحه , ففي مثل هذا الفرض يكون العمل قانونيا بالنسبة إلى علاقة الفضولي بالمقاول , ولكنه عمل مادي بالنسبة إلى رب العمل ويترتب على ذلك أنه إذا كان الفضولي قد تعاقد مع المقاول نائبا عن رب العمل فلا يشترط فيه أهلية التعاقد لأن أثر العمل ينصرف إلى رب العمل كأصيل أما إذا كان الفضولي قد تعاقد بإسمه فتشترط فيه أهلية التعاقد , وسوف نرى فيما بعد أن الفقه يجمع على أنه لا يشترط الأهلية الكاملة في الفضولي ولا في رب العمل⁷⁸ في أغلب الحالات .

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص265

2- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص498

ومن الأعمال المادية ما قضت به دائرة العرائض في الحكم السابق الذكر في 1910/2/22 من صاحب فندق إستضاف عامين أصيبا بجروح جسيمة أمام فندقه من جراء حادث سيارة , وكانت إستضافتهما بناء على نصيحة طبيب رأى أن حالتها خطيرة وأشار على صاحب الفندق بإيوئهما فقام صاحب الفندق بعلاجهما , إلى جانب تقديم الأطعمة , وقد توفي إحداهما وشفى الآخر وقد قام صاحب الفندق بمطالبة من يستخدمهما بكل ما قدمه لهما من المصاريف وقد أقر مستخدمهما بأنه ملتزم فقط بما يقضي به قانون حوادث العمل الصادر في 1898/4/9 , أي بمصاريف الإقامة بالفندق والأطعمة , ولكن المحكمة الابتدائية التجارية للسین رفضت إدعاه في حكم صدر منها بتاريخ 1908/12/31 , فطعن بالنقض فأصدرت دائرة العرائض الحكم السابق الذكر الذي قضت فيه بإعتبار صاحب الفندق فضوليا قام نحو العاملين بمصروفات نافعة وضرورية , ويجب على مستخدمهما دفع كل هذه المصروفات بإعتباره رب العمل طبقا لأحكام الفضالة.

وكما يمكن أن يكون العمل المادي قانونيا بالنسبة إلى الفضولي وماديا بالنسبة إلى رب العمل , يمكن أن يكون العمل ماديا بالنسبة إليهما معا فلا يستلزم الأهلية فيهما , مثال ذلك أن يقوم الفضولي بإطفاء حريق شب في دار رب العمل , أو أن يكبح جماح حصان يكاد يلقي براكبه على الأرض أو في حفرة أو أن يجني محصولا يوشك أن يتلف وبما أن هذه الأعمال مادية فيجوز للفضولي أن يثبت قيامه بها بكل طرق الإثبات بما فيها البينة أو القرائن , ويجوز للفضولي أن يثبت قيامه بها و بكل طرق الإثبات بما فيها البينة أو القرائن ويجوز للفضولي كذلك أن يقوم لصالح رب العمل بالأعمال القانونية , يستوي في ذلك أن تكون أعمال إدارية Acte d administrations أو أعمال تصرف Actes de disposition ومن التصرفات الإدارية أن يقوم الفضولي بإيجار عين لرب العمل لمدة لا تتجاوز ثلاث سنين أو بأعمال الصيانة والحفظ (م 468 و 573 م.ج) ومن أعمال التصرف أن يقوم بإيجار هذه العين لمدة تتجاوز ثلاث سنين (طبقا للنصين السابقين) ومن أعمال التصرف أن يجاوز الوكيل حدود الوكالة في الحدود التي نصت عليها المادة (2/575) فيعتبر فضوليا . فيما تجاوز فيه حدود الوكالة . ويرى الأستاذ السنهاوري أنه إذا إستمر الوكيل في تأدية أعمال الوكالة بعد إنتهائها سواء علم بإنتهائها أو لم يعلم , فإنه يعتبر فضوليا , والواقع أن في هذا الرأي نظرا فالمادة 1/ 589 م.ج المقابلة للمادة 717 م مصري , تنص على أنه (يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلغف , وذلك على أي وجه تنتهي به الوكالة ((ومقتضي ذلك أن الوكيل يظل يعمل كوكيل بعد إنتهاء الوكالة , لا كفضولي , في حالة ما إذا كانت أعمال الوكالة التي بدأها تقتضي إتمامها.

ثم إذا فرضنا أنه إستمر في تأدية أعمال الوكالة وهو غير عالم بإنتهائها فإنه لا يمكن أن يعتبر فضوليا , لأن الفضالة تقتضي أن يكون الفضولي عالما بأنه يعمل للغير دون أن يكون ملزما بذلك بينما الوكيل إذا إستمر يؤدي أعمال الوكالة وهو غير عالم بإنتهائها , فإنما هو يقوم بهذه الأعمال لحساب موكله بإعتبار أنه ملزم بالقيام بها بمقتضى عقد الوكالة .

لذلك فإن رأى الأستاذ السنهورى السابق الذكر غير سائغ , ولذلك فإن محكمة النقض المصرية كانت على حق حين قضت بعكس ما يقول الأستاذ السنهوري في حكم لها أصدرته حتى قبل صدور القانون المدني المصري الجديد بتاريخ 1942/5/21 وقالت فيه ((أن الوكيل الذي يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمه بذلك , يكون وكيلا عنهم لا مجرد فضولي)) ولقد أبد القانون المدني هذا الرأي عند صدوره كما سبق ذكره . هل يجوز للفضولي أن يتولى المرافعة أمام القضاء كمحام لصالح شخص لم يوكله في ذلك ؟ أجابت محكمة النقض المصرية على ذلك بالنفي في الحكم لها أصدرته بتاريخ 1963/6/19 قالت فيه ((أن المشرع إشتراط في المادة 702 من القانون المدني((وهي تقابل المادة 1/574 مدني جزائري) وجود وكالة للمرافعة أمام القضاء , ولم يكتف بالوكالة العامة , ومن ثم فلا يكفي القول بقيام فضالة في التقاضي إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة)) والمحكمة على حق في ذلك لأن الفضولي ليس مرتبطا مع رب العمل بوكالة , لا خاصة ولا عامة , ولكن ألا يمكن القول بأنه إذا كان المحامي قد ترفع عن رب العمل لمصلحة ضرورية له , كما لو كان صديقا له ويعلم أن الدعوى سوف تسقط بمضي المدة أو خشي أن يخسر صديقه الدعوى لغيابه فترافع عنه وكسب الدعوى فلرب العمل (الصديق) أن يقر ما قام به صديقه المحامي طبقا للقاعدة التي نصت عليها المادة 152 م.ج التي تقضي بأن : ((تسرى قواعد الوكالة إذا (أقر) رب العمل ما قام به الفضولي؟

أعتقد أن هذا هو ما يقضي به المنطق وتقضي به العدالة , إذ لو قلنا بالعكس لترتبت عله نتائج وخيمة لصاحب الدعوى.

وإذا كان للفضولي أن يقوم لصالح رب العمل بالأعمال المادية والقانونية فيستثني من ذلك بعض الأعمال التي تتجاوز نطاق الفضالة , مثل شراء عقار يرى أن فيه ربحا لرب العمل أو مثل صرف مصاريف كمالية voluptueuses , أو القيام بأعمال تخالف النظام العام أو الآداب كقيامه بخيانة أمانة لصالح رب العمل أو بسرقة .

أما المراد بالشطر الثاني من المادة 150 وهو أن يكون العمل لحساب شخص آخر , فقد تناولته جميع النصوص التي أوردناها , فيشترط أن يقصد الفضولي مصلحة للغير لا لنفسه فقط , فتنتمي الفضالة إذا كان يقوم بالعمل لحساب نفسه فقط ولو كان عمله لمصلحة نفسه قد حقق للغير مصلحة , ولكن يكون له في هذه الحالة أن يرجع على هذا الغير بدعوى الإثراء بلا سبب .

وإذا قام بالعمل لمصلحة الغير ولكن كان قصده هو تحقيق مصلحة لنفسه. فلا تتحقق الفضالة كذلك مادامت نيته لم تنصرف إلى العمل لحساب الغير . ولكن يجوز له أيضا أن يرجع على هذا الغير بدعوى الإثراء بلا سبب. ولكن إذا كان قد قام بالعمل لمصلحة نفسه ولمصلحة غيره في وقت واحد , مثل شريك على الشيوخ يؤجر المال الشائع كله أو يزرعه لحسابه ولحساب المشاعين الآخرين معه فإن الفضالة تتحقق , بشرط ألا يكون من الممكن أن يقوم بإيجار الجزء الذي يخصه أو يزرعه منفصلا عن الأجزاء الأخرى , وهذا هو ما

نصت عليه المادة 151 السابقة الذكر حين قالت : (تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي , أثناء توليه شأنًا لنفسه , قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر.))

وقد ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري : ((بيد أن الأمر يظل محصور في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة (أي نية العمل لمصلحة الغير) , ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب إرتباط هذين الشأين , على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما إستقلالاً عن الآخر , كما هو شأن الشريك المشاع عند إدارة المال الشائع)) ولكن هل يجب أن تنصرف نية الفضولي إلى العمل لحساب شخص معين بذاته ؟ كان بعض الفقه وبعض الأحكام يرى ضرورة أن تنصرف نية الفضولي إلى العمل لحساب شخص معين , ومن الفقهاء الذين رأوا ذلك ويل وتيري وقد أصدرت الدائرة الثالثة لمحكمة باريس الابتدائية حكماً بتاريخ 1970/10/21 قضت فيه ((بأن الشركة التي تملك (جارجا) للسيارات والتي عنيت بالمحافظة على سيارة عهد بها إليها سارقها , ليس لها أن ترجع على مالك السيارة الذي جاء يستردها بطريق الفضالة . لأن الشركة لم تكن تعرفه حين قامت بالمحافظة على السيارة)) غير أن هذا الرأي قد هجر من أغلبية الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو عندنا , وأصبح الرأي السائد هو أن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي لا يعرف شخص من يقوم بالعمل لمصلحته , وكثيراً ما يقوم الناس بإسعاف جريح صدمته سيارة على مقربة من عيادة طبيب أو يقوم طبيب مار بسيارته بإسعاف شخص أصيب بجانب سيارته , وكثيراً ما يقوم أشخاص بإنقاذ غرقى من الغرق دون أن يعرفوا من هم . وقد أصدرت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية حكماً بهذا المعنى في 1955/11/15 .

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي (وإذا كانت تلك النية (أي نية العمل لمصلحة الغير) ضرورة من هذا الوجه فهي بمجرد كافيّة دون حاجة إلى إشتراط إنصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته , فمتى قصد الفضولي إلى التصدي لشأن الغير , بقى قائماً بعمله , ولو أخطأ في شخص رب العمل))

ثم أن نص المادة 150 , والنصوص العربية الأخرى المقابلة لها , تفيد هذا المعنى حين تقول : ((لحساب شخص آخر)) ولم تقل لحساب شخص معين .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي كان , قبل إكتشاف مبدأ الإثراء في سنة 1892 , . وحين كان يعتبر الإثراء فضالة ناقصة , أي تنقصها نية العمل لمصلحة الغير يقضي بعدم ضرورة إنصراف نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير على الرغم من أن نص المادة 1372 م.ف يصرح بكلمة *volontairement* أي بقصد , ولذلك فقد أصدرت دائرة العرائض بمحكمة النقض هناك حكماً بتاريخ 1872/6/18 قالت فيه أن الإلتزامات المتبادلة المترتبة على الفضالة , تنشأ بقوة القانون , لا من نية الطرفين , وليس من الضروري أن يقصد الفضولي العمل لمصلحة الغير في نفس الوقت الذي يقوم فيه بالعمل لمصلحة نفسه , ولو إستفاد هذا الغير من العمل .

وفي حكم آخر لنفس الدائرة صدر بتاريخ 1890/7/16 قضت فيه بأن المستأجر الذي أقام منشآت على الأرض يظنها ملكا له وقد إستفاد منها مالك الأرض الحقيقي وحده , يعتبر حقا فضوليا , ولو أنه أقام هذه المنشآت بدون أن يقصد أو أن يعلم أنها لمصلحة الغير , ويكون له الحق في الرجوع على المالك بكل ما أنفقه من المصروفات النافعة .

ولقد تغير وجه الأمر بعد صدور حكم محكمة النقض السابق ذكره سنة 1892 الذي وضع مبدأ الإثراء بلا سبب وفضله عن الفضالة , وأصبح القضاء الفرنسي مستقرا على ضرورة توفر قصد الفضولي العمل لمصلحة الغير ولذلك فقد رفضت محكمة النقض إعتبار شركة نشر فضولية لعدم توافر نيتها للعمل لمصلحة الغير وإنصرف نيتها إلى العمل لمصلحة نفسها فقط , وكان ذلك بحكم صدر من الدائرة المدنية بتاريخ 1919/7/25 .

ولكن كان رفض حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الفضالة لشخص لبي صياح الجمهور الذي نادى بعبارة (أقبضو على اللص) فتذرع بالشجاعة وأخذ يجري وراء السارق حتى أمسك به , وأخذ السارق يقاومه عبثا ولكنه أصابه بجروح فطالب البوليس بدفع مصاريف علاج هذه الجروح , فرفض ووصل النزاع إلى محكمة النقض فرفضت طلبه وقالت أنه لا يعتبر فضوليا لأنه قام بتأدية خدمة عامة وصدر حكمها هذا بتاريخ 1971/1/7. وقد إنتقدا ستارك هذا الحكم وقال أنه غير مشجع ومثبط لذوي الهمم , لاسيما وأن الفضالة عمل يتضمن التعاون اجتماعي والذي ينبغي أن يشجع عليه الناس وهو على حق في إنتقاده لهذا الحكم لأن هذا الشخص تطوع من تلقاء نفسه, دون كل من رأو اللص , بالقيام بهذا العمل الإنساني الذي غير ملزم به قانونا , فما ذنبه في أن يتحمل مصاريف علاج جروحه؟

ولما كان الفضولي يعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل , بمقتضي نص المادة 157 م.ج , ولما كان الأصل في النيابة أن على النائب أن يحيط من يتعاقد معه علما بأنه يتعامل بإسم الأصيل (م75م.ج) , فقد يتبادر إلى الذهن أن على الفضولي أن يطلع من يتعاقد معه لمصلحة الغير على أنه يقصد التعامل لحساب الغير , ولكن ستارك يرى أنه إذا تعاقد الفضولي مع متعاقد , فليس من الضروري أن يحيط المتعاقد معه بأنه يعمل لحساب رب العمل .

و يلاحظ أخيرا أن القضاء الفرنسي بعد أن إستقر منذ سنة 1892 على ضرورة توافر شرط النية لدى الفضولي للعمل لحساب الغير , أخذ يتراجع حديثا ولا يستلزم توافر شرط النية على الرغم من قول المادة 1372 Volontairemen أي بإرادة ونية فيقضي بوجود الفضالة , ولو لم يتوافر شرط النية للعمل لحساب الغير لدى الفضولي في بعض الحالات مثل حالة وكلاء العمارات Les agences immobilières وحالة من يتولون إثبات النسب Les généalogites , والموثقين Les notaires , فاعتبرهم فضوليين دون مطالبتهم بإثبات نية العمل لحساب الغير , بل أن المشرع الفرنسي إنساق مع تيار هذا القضاء الحديث فطبق الفضالة دون إشتراط توافر النية خصوصا في التشريعات التي أصدرها عقب الحرب العالمية الأخيرة في سنتي 1944-1945 التي إعتترف فيها للمديرين المؤقتين ولحائزي بعض أموال الدولة بأنهم فضوليون مع أن

شرط نية العمل لحساب الدولة لم يكن متوافرا لديهم . وقد أقرت محكمة النقض في فرنسا هذا الإتجاه في حكم لها بتاريخ 1951/7/23 .⁽¹⁾

المطلب الثاني: وهو ألا يكون الفضولي ملزما بذلك , كما تقول العبارة الأخيرة من المادة 150 م.ج , وهذا هو الركن القانوني .

فيشترط في الفضولي ألا يكون ملتزما بالقيام بالعمل لحساب الغير بمقتضى عقد وكالة , أو بمقتضى نص القانون كما لو كان وصيا على رب العمل أو كان متبوعا يقوم بدفع التعويض عن تابعه طبقا لنص المادة 136 م.ج , أو ملزما بمقتضى حكم بتعيينه حارسا .

وقد إتفقت كل القوانين التي سبق ذكرها على هذا الركن فيما عدا القانون المدني الفرنسي الذي سكت عنه , وإن كان الفقه والقضاء مجمعين على وجوب توافره .

والغالب أن يجهل رب العمل تدخل الفضولي في شؤونه , وهنا لا جدال في أن الفضالة تتحقق , مادام رب العمل بها , بشرط ألا يكون قد نهاه عن القيام بهذا العمل من قبل .⁽²⁾

أما إذا علم رب العمل بتدخل الفضولي , فإما أن يسكت ولا يعترض عليه فتتحقق الفضالة , وإما أن يقر به , وحينئذ يرى بعض الفقهاء أن تنقلب الفضالة إلى وكالة , ويرى الأستاذ السنهوري أ , إجازة العمل الذي يقوم به الفضولي أو إقراره له بعد إتمامه , لا يصح إلا إذا كان تصرف الفضولي تصرفا قانونيا لأن الوكالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية , وهم يستشهدون لذلك بالنصوص القانونية مثل نص المادة 152 م.ج المقابلة للمادة 190 م.م والمواد العربية التي حذت حذوها , وهي التي تقضي بأن : ((تسري قواعد الوكالة إذا (أقر) رب العمل مقام به الفضولي)) كما يستشهدون بالقاعدة اللاتينية التي تقول إن الإقرار يساوي الوكالة Ratihbitio mandato aequiparaur كما أن محكمة النقض المصرية أصدرت حكما بتاريخ 1957/2/28 , قالت فيه أن الإقرار بعقد الفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضى به المادة 190⁷⁹ من القانون المدني...)).

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 273

2- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص 529

والواقع أن الإقرار لا يمكن أن يحول الفضالة إلى وكالة , فكل منهما نظام قانوني مستقل عن الآخر , ومتى بدأ الفضولي العمل فإن عمله يظل فضالة إلى نهايته, وإذا كانت النصوص القانونية السابقة الذكر, والقاعدة الرومانية تقضي بأن الإقرار يجعل الفضالة كالوكالة فإن معنى ذلك هو التشبيه الظاهري فقط . ويقول الأستاذ أن ريبير وبولانجية إن القاعدة اللاتينية السابقة الذكر لا تتضمن إلا مجرد المقارنة , والتصرف الذي قام به الفضولي من أول الأمر كان تصرف فضالة , ولا يمكن أن ينقلب إلى تصرف وكالة بمجرد الإقرار ((كما أن الفقيهين مارتي ورينو يشكان في أن الإقرار يحول الفضالة إلى وكالة , وإذا كانت الوكالة لا ترد إلا على التصرفات القانونية فإن, ذلك لا يصدق إلا على الوكالة التي بدأت كذلك من أول الأمر , ثم إذا صح أن الإقرار يحول الفضالة إلى وكالة لترتب على ذلك , أن إقرار رب العمل الأعمال المادية التي قام بها الفضولي قبل الإقرار تنقلب إلى تصرفات قانونية , وهذا ما لم يقل به أحد يضاف إلى ذلك , التصرفات القانونية , التي يقوم بها الفضولي لحساب رب العمل تكوم نافذة في حق رب العمل ولو كان ناقص الأهلية , عند قيام الفضولي بها , ولا تشترط أهليته إلا عند صدور الإقرار منه , والصحيح هو أن ليس للإقرار أثر رجعي , فلو قلنا أن إقرار هذه التصرفات يقلب الفضالة إلى وكالة , لترتب على ذلك أن هذه التصرفات القانونية لا تكون نافذة في حق رب العمل عند قيام الفضولي بها ولا يصححها إلا الإقرار الذي يصدر فيما بعد , إذ ليس له أثر رجعي , مع أن هذه التصرفات تعتبر نافذة في حق رب العمل باعتبار الفضولي نائباً قانونياً عنه.

ونخلص من ذلك إلى أن الإقرار لا يقلب الفضالة إلى وكالة , وإنما تسري أحكام الوكالة على الآثار فقط كما تقول محكمة النقض المصرية , وكما يرى الفقهاء الفرنسيون الذين سبق ذكرهم .

وهذا كله إذا لم يعلم رب العمل بتدخل الفضولي أو علم به أو أقره . أما إذا كان رب العمل قد نهى الفضولي عن تدخل في شؤونه ومع ذلك تدخل الفضولي , فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التدخل مسؤولية تقصيرية لأنه يعتبر مخطئاً بشرط أن يترتب على تدخله ضرر لرب العمل , إذ لا مسؤولية دون ضرر. وكذلك لا يسوغ للفضولي أن يتدخل في شؤون رب العمل إذا عارض هذا الأخير في تدخله , لأن معارضته تفترض النهي , ولكن تقضي بعض التشريعات في نصوص صريحة بأن نهى رب العمل أو معارضته لا تمنعان الفضولي , من التدخل إذا كان تدخله يتضمن القيام بتنفيذ التوام قانوني , ملح يقع على عاتق رب العمل مثل دفع نفقة أو تجهيز دفن ميت.

وقد نص القانون المدني التونسي على هذا الاستثناء بالمادة 1184 منه وكذلك نص عليه القانون المغربي بالمادة 948 وقانون الموجبات اللبناني بالمادة 160. وعلى الرغم من أن القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى لم تتعرض لهذا الاستثناء, فإن مجموعة الأعمال التحضيرية تعرضت له بقولها : ((ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة , ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة (أي نهى رب العمل أو معارضته) إذا كان من تدخل في شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة, إقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل ,

وقضت بأدائه مصلحة عامة , كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز المبيت , ولقد كان المشروع التمهيدي يتناول هذا الإستثناء في المادة 263 منه ولكنها حذفت في النصوص النهائية , والفقهاء الفرنسي يقول كذلك بهذا الإستثناء , مع أن القانون المدني الفرنسي لم يتناول النص عليه.⁽¹⁾

الركن الرابع : أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي لصالح رب العمل نافعاً أو ضرورياً أو مستعجلاً أو مفيداً , ولم يتناول القانون المدني الجزائري النص على هذا الركن , ولكن تناولت القوانين العربية الأخرى وكثيراً من القوانين الغربية النص عليه مع الإختلاف في التعبير بلفظ نافع , أو مفيد أو ضروري أو مستعجل . ولقد إقتصر القانون المدني الجزائري على وضع معيار لقيام الفضولي بعمله ففضى في المادة 154 بأنه ((يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي . وقد سار على ما سار عليه القانون المدني الفرنسي في المادة 1375 , التي إقتصرت على بذل عناية رب الأسرة الطيب Le B.P.F) ولقد قضت القوانين العربية بمثل هذا المعيار , فنصت المادة 1/192 مدني مصري على مثل ما نصت عليه المادة 154 م.ج والمادة 1374 م.ف , كما نصت عليه كذلك القوانين العربية التي حذت حذو القانون المصري , ولكنها نصت إلى جانب ذلك على أن يكون العمل الذي يتدخل فيه الفضولي عاجلاً , وذلك لأن معيار الرجل العادي إنما وضع لسير الفضولي في عمله بعد تدخله , وقد يكون تدخله لأمر غير ضروري ولا عاجل . وإذن فإن هذا المعيار لا يفيد أن يكون العمل عاجلاً أو ضرورياً .

ولقد تعرض القانون التونسي لشرط الضرورية في المادة 1179 وكذلك القانون المدني المغربي في المادة 943 . أما القوانين الغربية فلم تتعرض لهذا الشرط , فلم ينص عليه القانون المدني الإيطالي في المادة 1141 ولا القانون الإسباني في المادة 1888 ولا المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 61 , ولا القانون الألماني في المواد 677 وما يليها , ولا القانون النمساوي في المادة 1055 , ولا القانون البرازيلي في المادة 1331 . أما القانون البولوني فيكتفي في المادة 115 منه بأن يبذل الفضولي العناية الضرورية وهو تعبير لا يختلف كثيراً عن معيار الرجل العادي . وعلى الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يتعرض لهذا الشرط , فإن بعض الفقهاء الفرنسيين يستنتجون من نص المادة 1375 التي تقضي في عبارتها الأخيرة بأن على رب العمل أن يعرض الفضولي عما قام به من المصاريف النافعة Utiles أو الضرورية Nécessaires فيقول ستارك , أن عمل الفضولي يجب أن يكون نافعاً Utiles و ويستشهد لهذا الشرط بما ورد في المادة 1357 السابقة الذكر , ويقول أن عمل الفضولي يكون نافعاً حين يبدو له أنه مناسب Oppotun ومعقول Raisonnable وأن رب العمل ما كان يتأخر عن القيام به لو إستطاع ذلك , ويستشهد على ذلك بحكم أصدرته الدائرة المدنية لمحكمة⁸⁰ النقض في 1942/10/28 , وبحكم آخر من الدائرة المدنية الأولى صدر في 1955/11/12 .

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق .ص276

ونحن لا نوافق على هذا الإستنتاج من المادة 1375 م.ف , فإن وصف المصاريف بأنها ضرورية يعني أنها صرفت بقصد المحافظة على الشيء ولا يعني ذلك أن تدخل الفضولي كان ضروريا , فالمصاريف الضرورية واجبة الدفع سواء كان عمل الفضولي ضروريا أو غير ضروري , بشرط أن يعود بمنفعة على رب العمل , وإذن فضرورية المصاريف غير ضرورية العمل .

والواقع هو أن شرط الإستعجال أو الضرورة في تدخل الفضولي شرط هام جدا , وإلا لتدخل الناس في شؤون غيرهم دون داع وبداعي التطفل . وإذا لم يكن العمل الذي يتدخل فيه الفضولي عاجلا ولا ضروريا , فلماذا يتدخل ولماذا لا يتصل برب العمل ليخبره بأن العمل نافع له أو مفيد , أو لماذا لا ينتظر عودته ليقوم بعمله بنفسه؟

ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد قال عنه السنهاوري , ((لا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مفيدا ... وإنما يتعين أن يكون العمل ضروريا ومن الشؤون العاجلة ... ومعنى أن يكون ضروريا أن يكون من الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها)). .

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك : ((أن يكون ما يتصدى له الفضولي شأنا عاجلا فليس يكفي لتبرير الفضالة , أن يكون التصدي نافعا أو مفيدا , بل لا بد أن يكون ضروريا , وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1962/4/5 بأنه يشترط أن يكون عمل الفضولي ضروريا بالنسبة لرب العمل .

ومع أن القانون المدني الفرنسي والفقهاء التقليدي هناك لم يهتموا بهذا الشرط , فقد إهتم به الفقهاء الفرنسي الحديث , وقد نواه به بلانويل وريبير , وقالوا : أن الفضالة تفترض أنها لم يكن نافعة فحسب بل يجب أن تكون أيضا⁸¹ ضرورية)) (1)

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق .ص279

المبحث الثالث : الإلتزامات التي تترتب على الفضالة

تنشأ عن الفضالة إلتزامات على عاتق الفضولي وتقابلها إلتزامات على عاتق رب العمل , وسوف نبدأ بالأول .
وقد تناولت النص على إلتزامات الفضولي المواد 153- 155 مدني جزائري , المقابلة للمواد 191- 193
مدني مصري والمواد 192-194 مدني سوري والمواد 194- 196 مدني ليبي والمواد 1180-1183
م.تونسي , و945-947 م.مغربي و156- 157 م.لبناني.

وقد تناول القانون المدني الفرنسي النص عليها بالمواد 1372- 1374, وتناولها المشروع الفرنسي الإيطالي
في المواد 61-63 .

وطبقا لهذه النصوص تقع على عاتق الفضولي إلتزامات أربعة هي:

- 1- إلتزامه بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه
- 2- وإلتزامه بإخطار رب العمل بتدخله متى إستطاع ذلك.
- 3- وإلتزامه بأن يبذل في تأدية عمله عناية الرجل العادي.
- 4- وإلتزامه بأن يؤدي حسابا لرب العمل عما قام به.

وقبل أن نبحث هذه الإلتزامات الأربعة بالتفصيل , ينبغي أن نتعرض لمصدرها , فهل تترتب هذه الإلتزامات
في ذمة الفضولي بإرادته المنفردة ؟ أو هل تترتب بمقتضى القانون ؟ .
إنقسم الفقه العربي بصدد هذا التساؤل إلى طائفتين, ترى أن مصدر إلتزامات الفضولي , هو القانون وطائفة
أخرى ترى أن مصدرها هو إرادته المنفردة.

والسبب في هذا الإختلاف يرجع أساسا إلى الإختلاف حول إعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام في
القانون المدني المصري الجديد , أو عدم إعتبارها كذلك , ويكون القانون هو الذي يرتب الإلتزامات التي
ورد النص عليها للإرادة المنفردة ؟ وإذا كان لهذا الإختلاف في الرأي ما يبرره في القانون المصري الذي
أورد الإرادة المنفردة كمصدر ثان للإلتزام خصص له الفصل الثاني بعد الفصل الأول , الذي خصصه
للمصدر الأول وهو العقد ونص عليه بالمادة 162 منه , فإن هذا الخلاف لا محل له في القانون المدني
الجزائري الذي لم يساير القانون المدني المصري في هذا النهج , ولم يضع لا فصلا ولا نصا خاصا بالإرادة
المنفردة , مسايرا في ذلك القانون المدني الفرنسي الذي لم يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام .

والرأي العربي الذي يرى أن مصدر إلتزامات الفضولي هو القانون , يتزعمه الأستاذ السنهاوي وتؤيده
الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري , فالأستاذ السنهاوي يقول عن إلتزامات الفضولي مايلي : ((
ومصدر هذه الإلتزامات جميعها عمل مادي إرادي يقوم به الفضولي فيرتب عليه القانون مباشرة هذه
الإلتزامات , وهذا ظاهر إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو (تصرف قانوني) , سواء عقده بإسمه
الشخصي أو عقده بإسم رب العمل نيابة عنه, ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولي بإبرام هذا التصرف القانوني

عملا ماديا في العلاقة ما بين الفضولي ورب العمل , وإن كان العمل يعتبر تصرفا قانونيا في العلاقة ما بين الفضولي , والغير أن كان الفضولي عقده بإسمه الشخصي وفي العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولي عقده بإسم رب العمل)).

ولقد أيدت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري هذا الرأي, فقالت ((يعتبر القانون مصدرا مباشرا للإلتزامات الفضولي , ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل مادي)).

ومن هذا الرأي أيضا الأستاذ جميل الشرقاوي , والأستاذ عبد المنعم الصده, ويمكن الإعتراض على هذا الرأي بأنه متى تدخلت إرادة الإنسان في القيام بعمل ما فإن إرادته هي التي تنشئ على عاتقه ما يترتب على عمله من إلتزامات هو الذي أراد أن يلتزم بها مباشرة , ويأتي القانون بعد ذلك فيوجب عليه هذه الإلتزامات , فالقانون إذن مصدر غير مباشر في إيجاد هذه الإلتزامات كما هي الحال في العقد .

ولذلك فقد خالف بعض الفقهاء العرب رأي الأستاذ السنهوري , ورأى مجموعة الأعمال التحضيرية. ورأى الأستاذ حشمت أبو ستيت, والأستاذ أنور سلطان, أن مصدر إلتزامات الفضولي هو إرادته المنفردة , ولكن يعترض على هذا الرأي بأنه إذا صح أن مصدر إلتزامات الفضولي هو إرادته المنفردة , فكيف ترتب إرادته المنفردة إلتزامات مقابلة في ذمة رب العمل ؟ أن الإرادة المنفردة إذا صلحت كمصدر للإلتزام على عاتق من أعلنها فإنها لا يمكن أن ترتب إلتزامات في ذمة الغير .

أن الأستاذ حشمت أبو ستيت يرى أن إنشاء إلتزامات في جانب رب العمل بناء على العمل الإرادي الصادر من الفضولي قد ورد على خلاف الأصل المقرر, غير أنه لا يبرر ما هو السبب في مخالفة الأصل العام أما في فرنسا , حيث لم يؤخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام , فيكاد الرأي بجمع هناك على أن مصدر إلتزامات الفضولي هو القانون . وينضم القضاء الفرنسي إلى هذا الرأي . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي سبق أن ذكرناه , بتاريخ 1872/6/18 بمابيلي ((وحيث أن الإلتزامات المتبادلة التي تترتب على الفضالة تنشأ من واقعة الفضالة نفسها ومن القانون , وليس من إرادة الطرفين....(1)

⁸²وفيما يلي ندرس إلتزامات الفضولي بالتفصيل:

المطلب الأول الإلتزام الأول : هو أن يمضي في العمل الذي بداه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

وقد تناولت المادة 153 م.ج النص على هذا الإلتزام بقولها ((يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بداه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه...)) وهي تقابل المادة 191 م.م , والمادة 194 م.لبيي والمادة 192 مدني سوري((وورد النص عليه بالمادة 1180 مدني تونسي وبالمادة 945 مدني مغربي. ونصت عليه القوانين الغربية كذلك , كما ورد في نص المادة 1372 م.ف وفي المادة 61 من المشروع الفرنسي الإيطالي. (1)

وبمقتضى هذا الإلتزام يجب على الفضولي الذي يبدأ عملا لحساب الغير وهو ليس ملتزما به , أن يستمر فيه حتى يتمه , أو حتى يستطيع رب العمل إتمامه بنفسه. فإذا كان قد بدأ في إقامة جدار بمنزل رب العمل كاد ينقض فيجب عليه إتمام إقامته إلى أن يستقيم , وإذا بدأ طبيب في إسعاف جريح فيجب عليه أن يضمم جراحه بحيث لا تنزف , وإذا بدأ شخص في إنقاذ غريق فلا يجوز أن يتركه قبل أن يصل به إلى البر مالم تحل دون ذلك قوة قاهرة.

والحكمة في هذا الإلتزام هي الحيلولة دون التدخل في شؤون الغير بإستخفاف وبعدم شعور بالمسؤولية , ولاسيما وأن الفضالة تقوم على روح إثارية , ورغبة في تأدية مساعدة إنسانية للغير , وعلى من قام بعمل جميل أن يتم جميله .

ولايجوز للفضولي أن يتخلى عن إتمام العمل الذي إضطلع به , قبل أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفس هو إلا كان مسؤولا عن عدم إتمامه مسؤولية تقصيرية , إذا ما ترتب على عدم إتمامه ضرر لرب العمل , وإذا كان عمل الفضولي تصرفا قانونيا شرع فيه بإسم رب العمل ثم إستطاع هذا الأخير أن يتمه بنفسه , فعلى الفضولي أن يتخلى عن هذا التصرف ما لم يأذن له رب العمل بإتمامه — أما إذا كان الفضولي قد باشر التصرف القانوني بإسمه هو , فليس له أن يتخلى عن إتمامه ولو حضر رب العمل , لأن هذا الأخير يعتبر غيرا بالنسبة إلى هذا التصرف بالرغم من أن الفضولي يعتبر نائبا قانونيا عمه, ولكن هذا لا يمنع من أن ينصرف أثر هذا التصرف إلى رب العمل بمقتضى هذه النيابة القانونية ويلاحظ أن الفضولي حين يتعاقد مع الغير بإسمه هو يجب أن يكون أهلا للتعاقد كما سوف نرى, ولكنه غير ملزم بأن يطلع من تعاقد معه على أنه⁸³ يتعاقد بإسمه أو بإسم رب العمل كما سبق ذكره.

1- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص510

كما يلاحظ أنه إذا حالت قوة قاهرة جعلت من المستحيل على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه, فلا

يكون مسؤولاً عن عدم إتمامه إذ لا يلزم أحد بالمستحيل *Al impossible nul n est tenu* وعلى الرغم من أن الفضالة تختلف عن الوكالة كما سبق ذكره, فإن إلتزام الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمه يشبه إلتزام الوكيل بنفس الإلتزام, فعلى الرغم من أن للوكيل أن يتنازل في أي وقت, عن الوكالة ولو وجد إتفاق يخالف ذلك (م588 م.ج) في حين أن ليس للفضولي أن يتحلل من الفضالة قبل إتمام العمل الذي بدأه, فإن الوكيل مطالب كالفضولي بإتمام العمل الذي بدأه حتى يصل به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف, وذلك على أي وجه تنتهي به الوكالة (م589 م.ج). كما يلاحظ أن على الفضولي أن يبذل في القيام بعمله دائماً عناية الرجل المعتاد, كما سوف نرى فيما بعد (م154) وذلك على الرغم من أن الأصل في الفضالة أنها تبرعية (م157 م.ج في عبارتها الأخيرة) والأصل أن المتبرع لا يسأل عن إدارة شؤون غيره إلا كما يسأل عن إدارة شؤون نفسه, ولو كان يديرها بأقل من عناية الرجل العادي, ولكن القانون تشدد مع الفضولي حتى لا يتدخل في شؤون الغير باستخفاف واستهتار.⁽¹⁾

المطلب الثاني : الإلتزام الثاني : أن يخطر رب العمل بتدخله متى إستطاع ذلك وقد نصت على هذا الإلتزام العبارة الأخيرة من المادة (م153 م.ج) وكذلك المواد العربية الأخرى المقابلة لها, ولكن لم ينص على هذا الإلتزام لا القانون التونسي ولا القانون المغربي ولا القانون اللبناني. وكذلك لم يتناول القانون المدني الفرنسي ولا المشروع الفرنسي الإيطالي النص عليه, ولم ينص عليه من بين القوانين الغربية الأخرى إلا القانون المدني الألماني في المادة 681.

والظاهر أن الحكمة من إيراد هذا الحكم هي منبغ الفضولي من المضي في العمل مع إستطاعته إخطار رب العمل بذلك طمعا منه في الحصول على مزيد من الأجر في الأحوال التي يجوز فيها الحصول على أجر, خصوصا إذا كان من المهنيين.

وبمقتضى هذا النص يلتزم الفضولي بإخطار رب العمل بتدخله كلما إستطاع إلى ذلك سبيلا, وليس مطالبا في ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن هذا الإلتزام : ((ويلاحظ أن الفضولي ملتزم بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه, ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى له, لذلك كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له.⁸⁴ ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك)).⁽²⁾

1- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص512
2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص284

المطلب الثالث : الالتزام الثالث: التزامه بأن يبذل في القيام بعمله عناية الرجل المعتاد.

تناولت النص على هذا الالتزام العبارة الأولى من المادة 154 م.ج بقولها : يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي....)) وهي تقابل العبارة الأولى من المواد العربية الأخرى , م.م. 192 م.م. 193 م.س. 195 م. لبيي , 156 م.لبناني, 1181 تونسي, و945 مغربي كما أن القوانين الغربية تتفق كلها على هذا الحكم , فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1374 مدني فرنسي على مثل هذا الالتزام ونص عليه المشروع الفرنسي الإيطالي بالمادة 63 , والقانون الألماني بالمادة 681 والسويسري بالمادة 120 ويقتضي هذا الالتزام أن يبذل الفضولي في قيامه , بأعمال الفضالة عناية الرجل المعتاد ولو كان يبذل في قيامه بشؤونه الخاصة أقل من عناية الرجل المعتاد.

ولعل التشريعات كلها قد هدفت من وراء هذا التشريع إلى أن يكف الشخص الذبلا يقدر على بذل عناية الرجل المعتاد عن التدخل في شؤون غيره.

وهكذا شددت هذه التشريعات على الفضولي على الرغم من أن الأصل في الفضالة أنها تبرعية إلا بالنسبة إلى أرباب المهن Les professionnels , والأصل في المتبرع ألا يطالب بما يبذله من العناية في شؤونه الخاصة ولو كانت أقل من عناية الرجل المعتاد.

والغريب هو أن كل هذه التشريعات قد قضت بسريان أحكام الوكالة على الفضالة (م.ج. 152 م.ج) , والمواد العربية الأخرى التي تقابلها والتي سبق ذكرها , بل أن المادة 1372 مدني فرنسي قضت بأن يخضع الفضولي لكل الإلتزامات التي تترتب على وكالة صريحة يكون رب العمل كأنه أعطاها له.

فكان ينبغي إذن أن يطالب , كما يطالب الوكيل المتبرع, ببذل العناية و التي يبذلها في شؤونه الخاصة ولو كانت أقل من عناية الرجل المعتاد, ولكن هذه التشريعات لم تساوي بين الفضولي والوكيل بصدد هذه العناية , للحكمة التي سبق ذكرها ولأن الموكل يختار الوكيل , فإذا إختاره من بين من لا يستطيعون بذل عناية أكثر من العناية التي يبذلونها في القيام بشؤونهم الخاصة فلا يلومن إلا نفسه, بينما لا يختاره رب العمل .

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خالف التشريعات العربية الأخرى وحتى القانون المدني الفرنسي , حين ساوى في المادة 576 منه بين الوكيل المأجور والوكيل المتبرع وطالب الاثنين ببذل عناية الرجل المعتاد, ويترتب على ذلك أنه لا فرق بين الوكيل والفضولي من ناحية المطلوبة منهما طبقا للقانون المدني الجزائري.

هذا وبصدد معيار الرجل المعتاد في قيام الفضولي بأعمال الفضالة, كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 266 منه على ما يلي : ((يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل , معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة)) وكان هذا النص مطابقا لنص المادة 1181 م.تونسي ولنص المادة 945 م.مغربي ولنص المادة 156 م.لبناني.

غير أن إشتراط الجمع بين معيار الرجل المعتاد , وبين معيار مطابقة العمل لإرادة رب العمل المعروفة أو المفروضة , كان يتضمن إختلافا بين المعيارين أحيانا , إذ ربما كانت إرادة رب العمل, سواء كانت معروفة أو مفروضة , تهدف إلى البلوغ بالعمل الذي تولاه الفضولي درجة الكمال وعناية الرجل الممتاز الذي يتفوق على الرجل العادي , فكيف إذن التوفيق بين عناية الرجل المعتاد وعناية الرجل الممتاز؟ ونظرا لهذا الاختلاف إنتهت مناقشة هذا النص إلى حذف المعيار الثاني وانتهى نص المادة 192 إلى الاقتصار على معيار الرجل المعتاد. (1)

المبحث الرابع : المسؤولية التي تترتب على خطأ الفضولي: تضيف المادة 154 م.ج , المقابلة للمواد السابق ذكرها , بعد مطالبة الفضولي ببذل عناية الشخص العادي ما يلي: ((ويكون مسؤولا عن خطئه, ومع ذلك فللقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرز ذلك)) وهذا النص مطابق حرفيا لما ورد في النصوص المقابلة في القوانين الأخرى ومقارب للنصوص الغربية , ولو أن نص المادة 1347 م.ف لم يتكلم عن المسؤولية وإقتصر على الظروف التي تجيز للقاضي تخفيف التعويض الذي يترتب على خطأ الفضولي أو على إهماله . ولكن هذا النص مشابه تماما لنص المادة 1992 م.ف الخاصة بمسؤولية الوكيل المتبرع. (2)

وبما أن النصوص السابقة الذكر قد وردت كلها عقب النص الخاص بمعيار عناية الرجل المعتاد , فيترتب على ذلك أن مسؤولية الفضولي تقاس بمعيار الرجل المعتاد, فيكون مسؤولا كلما إنحرف عن سلوك الرجل المعتاد , ولكن نظرا إلى أنه يؤدي خدمة إيثارية تبرعية في الأصل , فقد أجازت التشريعات كلها للقاضي أن يخفف من التعويض عن خطأ الفضولي إذا كانت الظروف هي التي دفعته إلى الوقوع في هذا الخطأ, ومثال ذلك ما أورده الأستاذ السنهوري أن , يكون الفضولي قد شرع في تنقية زراعة رب العمل من أفة زراعية بمواد كيميائية حصل عليها, وقامت ظروف جعلت المحصول على ما يرام من هذه المواد من المشقة بحيث حملته على الإحجام عن الحصول عليها, ففي هذا المثل يكون الفضولي قد خالف حكم المادة 153 م.ج , التي تلزمه بالمضي في عمله حتى يتمه, فهو إذن مسؤولا , ولكن للقاضي أن يخفف التعويض عن الضرر الذي أصاب رب العمل بسبب عدم إتمام تنقية زراعته مراعي المشقة التي حملت الفضولي على الإحجام عن البحث عن⁸⁵ المواد الكيميائية المطلوبة, وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية داخل أعمال الفضالة .

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص286

2- المرجع نفسه. ص286

ونحن لا نسلم بما يراه الأستاذ السنهوري ومن يتبعه من أن مسؤولية الفضولي تختلف باختلاف ما إذا كان قد وقع في أعمال الفضالة أو خارجها , ففي الحالة الأولى يكون خطؤه خطأ في الفضالة , وفي الحالة الثانية خطأ تقصيري , ومعيار خطئه في الفضالة هو معيار الخطأ العقدي والخطأ التقصيري , أما معيار خطئه الواقع خارج أعمال الفضالة فهو معيار سلوك الرجل المعتاد. وهو يضرب مثلا لذلك أن يعتمد الفضولي إلى إطفاء حريق شبت في منزل جاره , وبعد الإنتهاء من إطفاء الحريق , يخرج الفضولي من المنزل ويهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص إلى المنزل ويسرقون أمتعة الجار, ففي هذه الحالة تكون مسؤولية الفضولي تقصيرية.

والسبب الذي دعا هؤلاء الفقهاء إلى هذه التفرقة هو نص القانون على جواز قيام القاضي بتخفيف التعويض , ومعنى هذا الرأي أنه كلما خففت المسؤولية تغيرت طبيعتها ولم تعد تقصيرية.

وهذا الرأي لا أساس له في القانون الذي لا يعرف إلا نوعين إثنين من المسؤولية , المسؤولية العقدية, والمسؤولية التقصيرية, وليس به مسؤولية من نوع خاص تسمى المسؤولية داخل أعمال الفضالة.

وقد يخفف المشرع من التعويض في المسؤولية التقصيرية , كما فعل في المادة 2/125 م.ج التي تخفف من مسؤولية الصبي غير المميز إذا لم يكن من هو مسؤول عنه , كان له مسؤول ولكن تعذر الحصول على التعويض منه, ولم يقل أحد أن المسؤولية هنا قد تغيرت طبيعتها , بل هي محتفظة بطبيعتها التقصيرية.

وقد يخفف المشرع من المسؤولية العقدية , كما فعل بالنسبة إلى الوكيل المتبرع (فيما عدا القانون المدني الجزائري) وبالنسبة إلى المودع لديه المتبرع , دون أن تتغير طبيعة هذه المسؤولية العقدية.

ولقد جرى القضاء سواء عندنا أو في فرنسا , على التخفيف من التعويض كلما كان خطأ المدين تافها , وعلى التشديد فيه كلما كان خطؤه جسيما, ومع ذلك لا تتغير طبيعة المسؤولية , حتى لقد رأى الفقه الراجع أن مسؤولية المدين تظل عقدية حتى لو ارتكبت غشا أو خطأ جسيما, ولا تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية كما سبق ذكره. ثم أن المثل الذي ضربه الأستاذ السنهوري للخطأ الذي يقع خارج الفضالة وهو تسلل اللصوص إلى منزل رب العمل وسرقة أمتعته بسبب إهمال الفضولي إغلاق باب منزل جاره لا يمكن فصله عن أعمال الفضالة, فقد أهمل الفضولي إغلاق الباب بسبب قيامه بأعمال الفضالة, ولولا الفضالة ما فتح الباب ولا أهمل إغلاقه , وما أشبه ذلك بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه الذي يرتكبه بسبب وظيفته(م136م.ج) .

لكل ذلك ننتهي إلى القول بأن مسؤولية الفضولي داخل أعمال الفضالة أو خارجها ولكن بسببها , مسؤولية تقصيرية.

ومن هذا الرأي الأستاذ سليمان مرقس, وتؤيد مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري عدم التفرقة بين مسؤولية الفضولي داخل الفضالة أو خارجها حين تقول : ((يلاحظ أن الفضولي يلزم ما بقى قائما بالعمل , بأن يبذل فيما يعمل عناية الرجل المعتاد — وكل مخالفة لهذا الإلتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته ومع ذلك

فينبغي التسامح في تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولي قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع الضرر يتهدهه.

كما أن المادة 1181 مدني تونسي والمادة 945 مدني مغربي تنصان على أن الفضولي مسؤول عن كل خطأ ولو كان يسيرا , ومع ذلك لا يسأل حتى عن خطئه الجسيم أو عن غشه إذا كان قد تدخل في شؤون رب العمل بقصد درء ضرر حال بين كان يهدده. ولم يفرق النصاب بين خطئه داخل أعمال الفضالة أو خارجها. وتنص المادة 156 م لبناني على أن الفضولي مسؤول عن خطئه اليسير , ومع ذلك فلا يلتزم بأكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة. وهذا النص يعتبره مسؤولا مسؤولية المتبرع بإستثناء مسؤوليته عن خطئه اليسير. وتنص المادة 420 من قانون الالتزامات السويسري على أن الفضولي مسؤول عن كل إهمال أو عدم تبصر , ومع ذلك يجب أن تقدر مسؤوليته بأقل شدة إذا كان تدخله في شؤون رب العمل لدرء ضرر كان يهدده. ونرى من هذه النصوص كلها أن مسؤولية الفضولي هي دائما تقصيرية ولكنها تخفف نظرا لبعض الظروف ,⁸⁶ كما تخفف المسؤولية العقدية في بعض الحالات أو تشدد بدون أن تتغير طبيعتها . (1)

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 290

المبحث الخامس : الركن الرابع : إلتزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل وبرد ما تسلمه بسبب الفضالة .

تنص المادة 155 م.ج على ما يلي ((يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة , (وبتقديم حساب (عما قام به)) وتقابل هذه المادة المواد 193م.م, 194م.س, 196م.لبيي, 1182 م.تونسى, 946م.مغربي, 158 لبناني, أما القانون المدني الفرنسي فلم ينص على هذا الإلتزام مكتفيا بتطبيق أحكام الوكالة الواردة بالمادة 993 .

وبما أن نص المادة 155 م.ج , يحيل على إلتزام الوكيل , فبالرجوع إلى نص المادة 577 م.ج الواردة في الوكالة , نجدها تنص على مايلي : ((على الوكيل أن يوفي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها)) وإذن فالإلتزام الفضولي هنا كالإلتزام الوكيل , فعليه أن يرد إلى رب العمل كل ما إستوفاه بسبب الفضالة من حقوق وأموال ومحاصيل زراعية . وليس له قياسا على الوكيل , أن يستعمل مال رب العمل لمصلحته الشخصية. وتقضي القوانين العربية الأخرى بأن على الفضولي , قياسا على الوكيل , أن يدفع فوائد عن المبالغ التي إستخدمها من أموال الفضالة, وتحسب هذه الفوائد من وقت إستخدامه لهذه الأموال , لا من وقت رفع الدعوى. وعليه أيضا دفع فوائد عما بقي في ذمته من أموال الفضالة , ولكنها لا تستحق إلا من وقت إعداره المادة 716 م.م وما يقابلها من مواد القوانين العربية التي حذت حذوه. أما القانون المدني الجزائري فلم يأت بمثل هذه النصوص , وطبقا له لا يلتزم الفضولي بدفع فوائد في الأصل طبقا لنص المادة 454 م.ج, متى كان التعامل بين الأفراد.

ويقضي القانون المدني الفرنسي في المادة 1993 بأن يرد الوكيل إلى الموكل حتى ما يكون قد إستوفاه بإسمه دون حق , إذا لم يكن قد رده قبل ذلك ويطبق هذا الحكم على الفضولي أيضا.

وأما تقديم الحساب لرب العمل فيشمل كل ما صرفه لحساب الفضالة ويلتزم الفضولي بتقديم الحساب لرب العمل دون أن يطالبه هذا الأخير بتنفيذ هذا الإلتزام , ولكن إذا تأخر في تنفيذه فرب العمل الحق في مطالبته به.

المطلب الأول : التزامات رب العمل: تنص المادة 157 م.ج على ما يلي : ((يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل , متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي , ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة, وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه, وبتعويضه عن التعهدات التي إلتزم بها , وبرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف وبتعويضه عن الضرر الذي احقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته)). . وتقابل هذه المادة المواد 195 م.م, 196م.س, 198م.لبيي, 161و164 لبناني , وتقارب المادة 1375 مدني فرنسي والمادة 64 من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة 422 من القانون السويسري .

ويستخلص من هذه النصوص أن على رب العمل أربعة التزامات يلتزم بها قبل الفضولي :

✓ إلتزامه بتنفيذ التعهدات التي تعهد بها الفضولي لحسابه, أي لحساب رب العمل

- ✓ إلتزامه بتعويض الفضولي عن التعهدات التي لآزم بها بإسمه هو.
- ✓ وإلتزامه برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف.
- ✓ وإلتزامه بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة .

وقبل أن ندرس هذه الإلتزامات الأربعة بالتفصيل , ينبغي أن نلفت النظر إلى أن صدر المادة 157 م.ج يقضي بإعتبار الفضولي نائبا قانونيا عن رب العمل متى كان قد بذل في قيامه بأعمال الفضالة عناية الرجل العادي, ولو لم تتحقق النتيجة التي كان يهدف إلى تحقيقها لأن إلتزامه بالقيام بأعمال الفضالة وإتمام ما بدأه منها, إلتزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية , مثله في ذلك مثل كل مدين ملتزم بمعيار الرجل العادي, ومتى قام بالفضالة على هذا النحو , إعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل . ومامن شك في أن إلتزامات رب العمل مصدرها القانون , لأن إرادته لم تتدخل في ترتيب هذه الإلتزامات , طبقا للرأي الراجح.

وفيما يلي نتولى دراسة هذه الإلتزامات بالتفصيل.

الفرع الأول الإلتزام الأول : إلتزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وبإسم رب العمل.

فيما أن الفضولي نائب قانوني عن رب العمل , كما يقضي به صدر المادة 157 م.ج, فإن إلتزام رب العمل بتنفيذ ما تعهد به الفضولي عنه يكون مصدره هو هذه النيابة القانونية ولا يكون الفضولي مسؤولا شخصيا عنها , ما لم يكن إرتكب خطأ أثناء التعاقد.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي: يلزم رب العمل أو لا بالوفاء بما تعهد به الفضولي , وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين : فإذا كانت هذه التعهدات قد تولي عقدها الفضولي بإسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه, إلتزم هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة وبهذا يصبح رأسا دائما ومدينا لمن تعاقد معه الفضولي.

وعلى ذلك فالعقود التي عقدها الفضولي بإسم رب العمل تدخل الحقوق التي تنشأ في الجانب الإيجابي لذمة رب العمل , والإلتزامات التي تترتب عنها تثقل الجانب السلبي من هذه الذمة . ولايشترط أن يصرح الفضولي للمتعاقد معه بأنه يتعاقد بإسم رب العمل بل قد يستخلص هذا ضمنا, لأن نيابة الفضولي قانونية , وقد قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1959/1/14 بأن الفضولي الذي يتعاقد مع الغير بإسم رب العمل , ولو كان ذلك ضمنا , لا يكون ملزما قبل الغير شخصيا ما لم يكن هناك إتفاق⁸⁷ على غير ذلك. (1)

الفرع الثاني: الإلتزام الثاني: إلتزام رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي إلتزم بها بإسمه هو , أي بإسم الفضولي .

فإذا تعاقد الفضولي مع الغير لمصلحة رب العمل , وصرح للغير بأنه يتعاقد بإسمه هو , إذ أنه إذا لم يصرح بذلك فإن تصرفه ينصرف أثره ضمناً إلى رب العمل , كما سبق ذكره , فإنه يكون ملتزماً شخصياً بهذا التعاقد , ويسأل شخصياً نحو من تعاقد معه عن تنفيذ العقد .

ولكن رب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عما قدمه من مصروفات في سبيل هذا التعاقد الذي أثرى ذمته المالية , وعليه أن يرد كل ما صرفه الفضولي من مصروفات , لا أقل القيمتين , كما يقضي بذلك مبدأ الإثراء بلا سبب , وبهذا تتميز الفضالة عن مبدأ الإثراء بلا سبب .

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الصدد ما يلي:

((أما إذا تعاقد الفضولي بإسمه شخصياً . بأن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل فلا يصبح هذا دائناً أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار , وإنما ترجع حقوق العقد وإلتزاماته إلى الفضولي , ولكن رب العمل يلتزم بتعويضه عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه , وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب , ولكن يلاحظ أن هذه العبارة الأخيرة تتكلم عن تطبيق قواعد الإثراء دون أن تضيف أنه لا تطبق فيما يتعلق بأقل القيمتين .

الفرع الثالث: الإلتزام الثالث: إلتزام رب العمل برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف . يلتزم رب العمل بأن يرد إلى الفضولي ما أنفقه من مصروفات ضرورية ونافعة , ويراد بالمصروفات الضرورية Nécessaires , تلك التي تصرف للمحافظة على الشئ وصيانتة , مثل إقامة جدار في منزل رب العمل إنهار أو يكاد ينقض , ويراد بالمصروفات النافعة Utiles , تلك التي تزيد في قيمة الشئ أو تعود بالنفع على رب العمل , مثلاً طلاء جدار بعد ترميمه , أو إنفاق مصروفات لتخزين محصول زراعي يخشى عليه من التلف إذا لم يخزن .

ويكفي أن تكون هذه المصروفات نافعة عند صرفها , ولو زال نفعها أو لم يتحقق فيما بعد , وقد قضت محكمة المنصورة الجزائرية المختلطة في حكم لها بتاريخ 1925/8/12 , بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولي الحق في أن يسترد المصروفات النافعة ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها , حتى لو كان النفع الذي كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه)) ويقول الفقيه ستارك في ذلك ((أنه لا يراد بالمصروفات النافعة تلك التي إنتهت بإنتفاع رب العمل بها , بل تلك التي بدا للفضولي عند إنفاقها أنها مناسبة Opportunes وأن من المعقول إنفاقها , حتى لو انتهى الأمر بأن لم يترتب عليها إثناء لرب العمل (مثل منزل انهار بعد أن قام الفضولي بترميمه أو مريض مات بعد أن قام الطبيب بعلاجه).

ولكن لا ينبغي أن يكون الفضولي هو الذي تسبب بإرادته في إنفاق هذه النفقات , وتقول في ذلك الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1953/5/6 , ليس للفضولي أن يطالب بإسترداد المصروفات التي أراد أن يوجد السبب الذي ترتبت عليه المصروفات .

ولكن لا ينبغي أن تكون هذه المصروفات مفرطة بحيث تزيد كثيرا عما تحققه من منفعة أو كما يقول ستارك فيما نلقاه , معقولة Raisonables وفي ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي : ((ويلزم رب العمل , من ناحية أخرى بأن يؤدي للفضولي جميع ما إقتضته الظروف من نفقات ضرورية أو نافعة , على أنه يجوز إنزال النفقات المفرطة , ولو كانت نافعة , إلى الحد المعقول , ويكون للفضولي في هذه الحالة . أن ينتزع ما جاوز الحد , على أن يعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها من قبل)). وهذا المعنى هو الذي يستخلص من العبارة الأخيرة التي وردت بالمادة 157 بصدد النفقات الضرورية والنافعة حين قالت : التي سوغتها الظروف.... أي غير المغالي فيها.

ويلاحظ أن النصوص العربية الأخرى, والنصوص الأجنبية تجعل للفضولي الحق في تقاضي فوائد بالسعر القانوني من وقت الإنفاق , خلافا للأصل العام الذي يقضي بأن تحتسب الفوائد من يوم رفع الدعوى. أما في القانون المدني الجزائري , فليس للفضولي الحق في أن يطالب بفوائد إذا كان التعامل بين الأفراد (م454م.ج) ولكن له الحق في الفوائد إذا كان التعامل مع المؤسسات المصرفية (م456م.ج) .

كما يلاحظ أن للمصاريف الضرورية على المنقول حق إمتياز, نصت عليه المادة 992 م.ج بقولها : ((المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم , يكون لها امتياز عليه ((ويأتي هذا الإمتياز في الدرجة الثالثة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخبزينة العامة)).

كما أن للفضولي الحق في حبس الشيء الذي أنفق بسببه المصروفات الضرورية أو النافعة , كما تقضي بذلك المادة 2/200 م.ج التي تجعل الحق في الحبس لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة.....)).

ولقد نصت المادتان 1187 مدني تونسي و951 مدني مغربي صراحة على حق الفضولي في الحبس للحصول على هذه المصروفات . هذا هو ما يتعلق بالمصروفات الضرورية أو النافعة . أما فيما يتعلق بما أنفقه الفضولي من مصروفات كمالية Voluptueuses فيكاد يكون هناك إجماع في الفقه على أن رب العمل غير ملزم بردها , ويقول ستارك في ذلك لا ترد المصروفات الكمالية أي التي صرفت المجرى الترفيه De pure agrément⁸⁸ . (1)

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص296

الفرع الرابع الإلتزام الرابع: إلتزام رب العمل بتعويض الفضولي عما لحقه من ضرر بسبب قيامه بأعمال الفضالة.

قد يصاب الفضولي بضرر وهو يؤدي أعمال الفضالة , كما لو كان يقوم بإطفاء حريق شب في منزل رب العمل فأصيب بحروق , أو يقوم بإنقاذ رب العمل الذي يوشك أن يغرق فيجرحه بأظفاره , أو يقوم بكبح حصان جامح فيرفسه, فيلتزم لرب العمل بتعويضه عن الضرر الذي أصابه وهو يؤدي عملا إنسانيا إيثاريا , ويشترط ألا يكون الفضولي هو السبب في هذا الضرر , كما لو أخطأ فألقي بنفسه في النار دون ضرورة فأصابته حروق منها , أو كان لا يحسن السباحة جيدا فأقدم على إنقاذ الغريق ولم يحسن الإمساك به فأصابه الغريق بجروح كان يمكنه أن يتقيها لو كان سباحا جيدا , كما يشترط ألا يكون في إستطاعته تجنب ما أصابه من ضرر لو بذل جهدا معقولا في سبيل ذلك , تطبيقا لنص المادة 182 م.ج التي تقول ((...)) ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعته الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول ((وينبغي أن يكون التعويض عادلا ويخضع ذلك لتقدير القضاء.

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك ما يلي ((ويلزم أخيرا بتعويض الفضولي تعويضا عادلا عنا يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسبا مع ما لم يستطع الفضولي إتقاءه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية . ويقوم حق الفضولي في إقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من إفتقار.

وإذا كان القانون المدني الفرنسي لم ينص على هذا الإلتزام بصد الفضالة , فذلك لأنه قد نص في المادة 1372 منه على أن تطبق عليها أحكام الوكالة, وقد نصت المادة 2000 الواردة في الوكالة على أنه : ((يجب على الموكل أن يعرض الوكيل عن كل خسارة تلحقه بسبب تأدية شؤون الوكالة , بشرط ألا يكون ذلك ناتجا عن رعونته)).

وطبقا لهذا النص فإن رب العمل ملتزم بتعويض الفضولي عما يصيبه من ضرر على غرار إلتزام الموكل نحو الوكيل .

هذه هي الإلتزامات الأربعة التي تقع على عاتق رب العمل , وقد سبق أن قلنا أن مصدر هذه الإلتزامات هو القانون , إذ لا دخل لإرادة رب العمل فيها, ولكن إذا كان القانون هو المصدر المباشر للإلتزام الأول , الذي يتطلب من رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي باسمه ونياية عنه, فذلك لأن نياية الفضولي عنه نياية قانونية نص عليها القانون في صدر المادة 157 م.ج والمواد العربية الأخرى المقابلة لها, وكذلك المواد الغربية.

أما الإلتزام الثاني والثالث وهما الخاصان بتعويض الفضولي عما تعهد به بإسمه هو , ورد المصاريف الضرورية والنافعة , فمصدرها المباشر هو الإثراء بلا سبب, والقانون هو مصدرهما غير المباشر.

وأما الإلتزام الربيع وهو تعويض الفضولي عما لحقه من ضرر, فإن مصدره المباشر هو الفعل الضار , وليس الإثراء لا سبب كما يقول الأستاذ السنهوري وكما تقول محكمة النقض المصرية , فرب العمل لا يثري من الفعل الضار الذي ترتب عليه ضرر للفضولي مهما كان سبب الضرر هو تأدية أعمال الفضالة , إذ أن كل عمل ضار يلزم من كان سببا فيه بتعويض هذا الضرر(124 م.ج وما يقابلها من النصوص الأخرى) وإذن فمصدر إلتزام رب العمل المباشر بتعويض الضرر الذي أصاب الفضولي هو مسؤوليته التقصيرية , والقانون هو المصدر غير المباشر لهذا الإلتزام , ولو لم يكن رب العمل قد ارتكب خطأ فإن الضرر قد حدث بسبب شئ يخصه, فهو يتحمل تبعه ما يحدثه من ضرر, والغرم بالغنم .

لذلك فنحن لا نسلم بما قالها لأستاذ السنهوري من أن مصدر الإلتزامات الثلاثة الأخيرة هو الإثراء بلا سبب. ولا نسلم بما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1953/2/12 قالت فيه ((بأنه متى توافرت شروط الفضالة كان للفضولي بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصروفات التي صرفها والخسارات التي خسرها.

وإلتزام رب العمل في هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أثرى من عمل الفضولي ولا يتوقف الإلتزام على إرادة رب العمل)).

ونخلص من ذلك إلى أن مصدر الإلتزام الأول هو القانون بمقتضى النيابة القانونية وهو المصدر المباشر ومصدر الإلتزامين الثاني والثالث المباشر هو الإثراء بلا سبب , والقانون هو مصدرهما غير المباشر , ومصدر الإلتزام الرابع هو المسؤولية التقصيرية, أي أن الفعل الضار هو مصدره المباشر , والقانون هو⁸⁹المصدر غير المباشر, ولولم يرتكب رب العمل الخطأ. (1)

المطلب الثاني: أجر الفضولي: تنص الفقرة الأخيرة من المادة 157 م.ج ومن النصوص المقابلة

لها على ما يلي : ((ولا يستحق الفضولي اجرا على عمله إلا إذا كان العمل من أعمال مهنته)).
فالأصل في الفضالة أنها تبرعية , وعمل إنساني إثاري يأتيه الفضولي بدافع إنساني لا يبغي من ورائه جزاء ماليا.

وتقول مجموعة الأعمال في ذلك ما يلي : ((والأصل أن الفضولي لا يستحق اجرا على عمله إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل , إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له , ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته , كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض , أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان , فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل. وإذا كانت الفضالة تقاس على الوكالة , في أن الأصل فيهما أنهما تبرعيتان , وقد نصت المادة 581 م.ج على أن الأصل في الوكالة أنها تبرعية , فإن صفة التبرعية في الفضالة أكثر أصالة مما هي في الوكالة , إذ أن الغالب في الوكالة هو أن تكون إتفاقية وأن يقضي الإتفاق بأجر للوكيل , بينما الفضالة لا إتفاق فيها , فصفتها التبرعية الإنسانية هي الأصل , ولذلك فقد نصت المادة 1189 مدني تونسي والمادة 952 مدني مغربي على أن الفضالة تبرعية أصلا , ولم تورد استثناء يجيز دفع أجر للفضولي . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر من الدائرة المدنية فيها بتاريخ 1970/6/22 بأن الأصل في الفضالة أنها تبرعية لكن إذا كانت داخله في أعمال مهنة الفضولي فإنه يستحق عليها اجرا.

وإذن فكلما كان الفضولي قد قام بعمل يدخل في مهنته , كالطبيب الذي يضمد جراح جريح , أو المهندس المعماري الذي يبني منزل رب العمل , أو المحامي الذي يترافع لمصلحة رب العمل , فإنه يستحق عليه اجرا عاد لا يترك تقديره للقضاء . ولكن إذا كان ذو المهنة يقوم بعمل فضولي لا علاقة له بمهنته , كالمهندس الذي يسعف جريحا , فإنه لا يستحق على عمله اجرا , وكذلك الأمر في أن يتطوع لإطفاء حريق أو لإنقاذ غريق ,⁹⁰دون أن يكون من المعنيين لذلك. (1)

المطلب الثالث: أهلية الفضولي وأهلية رب العمل : تنص المادة 158 م.ج على مايلي : ((إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسؤولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة , ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد)) .

ويقابل نص هذه المادة المواد 196 م.م, 197 م.س, 199 م ليبي, 2/151 م.لبناني, ومن القوانين الغربية المادة 2/61 من المشروع الفرنسي الإيطالي , والمادة 682 مدني ألماني والمادة 421 من قانون الإلتزامات السويسري , أما القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض لأهلية الفضولي ولا لأهلية رب العمل.

غير أنه يقيس الفضالة على الوكالة وقد نصت المادة 1890, الواردة في الوكالة , على أن القاصر غير المرشد يجوز أن يكون وكيلاً...)).⁽¹⁾

الفرع الأول : أهلية الفضولي: يستخلص من النصوص السابقة الذكر أنه إذا أبرم الفضولي تصرفاً قانونياً بإسمه شخصياً فيجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد اللازمة للعقد الذي يقوم بإبرامه.

وأما إذا تعاقد بإسم رب العمل , فلا تشترط فيه إلا أهلية التمييز, مثله في ذلك مثل الوكيل , لأن آثار العقد سوف تنصرف إلى رب العمل .

وبالنسبة إلى الأعمال المادية التي يقوم بها خلال الفضالة , تكفي فيه أهلية التمييز, غير أنه إذا كان كامل الأهلية , فإنه يكون مسؤولاً عن أعمال الفضالة مسؤولية كاملة , وإذا كان ناقص الأهلية , فلا يسأل عنها إلا في حدود ما أثرى به لأن القاصر لا يسأل دائماً في الإثراء بلا سبب إلا بقدر ما عاد عليه من نفع.

ولكن يستثني من ذلك أن تقوم مسؤوليته على عمل غير مشروع , فحينئذ يسأل عن تعويض ما أحدثه من ضرر مسؤولية كاملة , أي يجب أن يعرض كل الضرر, لا في حدود الإثراء بلا سبب.⁽²⁾

أما الفقه الفرنسي , فهو منقسم في هذا الصدد , فبعضه يشترط في الفضولي أن يكون كامل الأهلية مثل ديموج والبعض الآخر يتفق مع ما سبق ذكره. ويقول ستارك في ذلك بما أن الفضولي يلتزم بالتزامات نحو رب العمل , وأحياناً نحو الغير الذي يتعاقد معه دون أن يصرح بأنه فضولي , فيستخلص من ذلك أنه ينبغي أن يكون كامل الأهلية غير أنه متى أحسن الإدارة فإنه يكتسب , ولو كان ناقص الأهلية , حقوقه قبل رب العمل , وليس لهذا الأخير أن يتمسك بنقص أهلية الفضولي لكي يتخلص من مسؤوليته نحو الفضولي أو نحو من تعامل معه الفضولي ((ومن ذلك يستخلص أن الفضولي يمكن أن يقوم بأعمال الفضالة ولو كان

⁹¹ ناقص الأهلية.⁽³⁾

1- المرجع نفسه. ص300

2- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق . ص532

3- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص300

الفرع الثاني : أهلية رب العمل : رأينا أن الفقرة الأخيرة من المادة 158 م.ج ومن النصوص العربية التي تقابلها , تقضي بأن رب العمل تبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد. ومعنى ذلك هو أن رب العمل لا تشترط فيه الأهلية التامة للتعاقد , ويكفي أن يكون مميزا , وقد يكون غير مميزا.

وفي ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي : ((أما ما يترتب من إلتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضي فيه أهلية ما , فتصح النيابة القانونية عن طريق الفضالة ولو كان الأصل غير مميز. وفي هذه الصورة يلزم الأصل بأداء ما تحمل الفضولي من نفقات وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب)) ويكاد الفقه العربي بجمع على عدم إشتراط الأهلية في رب العمل , غير أن الأستاذ السنهوري قد خرج على هذا الرأي حين قال ((يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه, لأنه يقع نافذا مباشرة في حقه)) وكرر ذلك فيما بعد حين قال ((ويلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفا قانونيا بإسم رب العمل نيابة عنه , فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف)). وهذا الرأي لا يمكن التسليم به , لأن رب العمل لا يلزم بإرادته بل بمقتضى القانون بإعتبار أن نيابة الفضولي عنه نيابة قانونية.

وقد خالف رأي الأستاذ السنهوري ماورد في مجموعة الأعمال التحضيرية مما سبق أن ذكرناه , وخالف أغلبية الفقهاء العرب مثل الأستاذ حشمت أبو ستيت , والأستاذ أنور سلطان , والأستاذ عبد المنعم الصده , الذين رأوا أنه لا يشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المعقود , لأن مصدر إلتزام رب العمل ليس إرادته بل القانون .(1)

ويكاد الفقه الفرنسي يجمع على هذا الرأي, على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا عن أهلية رب العمل. فيقول بلانيول وريبير وبولانجية ((أن رب العمل ملتزم دون أن تؤخذ أهليته في الإعتبار , وإلتزامه يترتب في الواقع من القانون , دون أن يكون لإرادته دخل في إلتزامه)).

ويقول ستارك أن رب العمل يلتزم بالإلتزامات المترتبة على الفضالة ولو كان ناقص الأهلية . ومن هذا الرأي⁹² ديموج , وجوسران.

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق .ص536

بل أن القضاء الفرنسي يقول بهذا الرأي , فقد أصدرت دائرة العرائض بمحكمة النقض هناك حكما بتاريخ 1910/10/20 قالت فيه : ((أن التصرفات التي يقوم بها النائب القانوني عن عديم التمييز , حتى لو كانت خارجة عن نطاق سلطانه , وبدون إتخاذ الإجراءات الشكلية الضرورية , يجوز أن تكون صحيحة بصفتها من أعمال الإدارة النافعة.

ونخلص من ذلك أنه لا يشترط في رب العمل أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد سواء تصرف الفضولي بإسمه أو بإسم رب العمل .

غير أنه يلاحظ أن رب العمل حين يستعمل حقه في معارضة الفضولي في قيامه بأعمال الفضالة , أو حين يقرأ أعمال الفضولي , يجب أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد , ذلك لأن المعارضة أو الإقرار تصرفان قانونيان يصدران عن إرادته المنفردة.

المطلب الرابع : نائب الفضولي : يجوز أن ينصب الفضولي نائبا عنه يقوم بأعمال الفضالة, وقد ورد النص على ذلك بالمادة 2/154 م.ج التي تقضي بما يلي : ((وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي (تكفل) به أو بعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه, دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب)).

وقد سبق أن أوردنا ما يقابل نص المادة 154 م.ج من النصوص العربية الأخرى ومن النصوص الأجنبية , ولكن يلاحظ أن القوانين العربية هي وحدها التي تعرضت لذكر نائب الفضولي , فللفضولي أن ينيب عنه غيره سواء في بدء الفضالة أو خلال قيامه بها, إذ ربما يضطره مرض أو غياب عن مواصلة أعمال الفضالة كما يجوز له أن ينيب عنه غيره في كل أعمال الفضالة أو في بعضها فقط.

وحكم نائب الفضولي كثيرا لشبهه بحكم نائب الوكيل الذي نصت عليه المادة 580 م.ج , غير أن بين نائب⁹³الفضولي ونائب الوكيل أوجه إتفاق وأوجه إختلاف: (1)

د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص303

الفرع الأول : أوجه الإتفاق

- كلاهما يعين من قبل الفضولي أو الوكيل , لا من قبل رب العمل أو الموكل .
- كلاهما مسؤول عن عمله قبل الفضولي أو قبل الوكيل .
- كلاهما ترفع ضده دعوى مباشرة نص القانون عليها لصالح رب العمل ولصالح الموكل .

الفرع الثاني : أوجه الإختلاف

- نائب الوكيل له دعوى مباشرة ضد الموكل , بينما نائب الفضولي ليس له دعوى مباشرة ضد رب العمل , ويرجع ذلك إلى أن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص في القانون , وقد نص القانون في المادة 3/580م.ج على أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر , ولم يرد مثل هذا النص بالنسبة إلى نائب الفضولي .
 - الوكيل ونائبه ملزمان إزاء الموكل متضامنين , إذا عين الوكيل نائبه دون ترخيص من الموكل , بينما لا يسأل الفضولي ونائبه متضامنين إزاء رب العمل , إذا أنه لا تضامن إلا بنص في القانون في غير حالات التعاقد التي يجوز فيها الإتفاق على التضامن .
- ويلاحظ أنه يجوز لرب العمل , إلى جانب الدعوى المباشرة أن يرجع على نائب الفضولي بالدعوى غير المباشرة أيضا مستعملا فيها حق مدينه الفضولي غير أن الدعوى غير المباشرة لا تتيح له من المزايا ما تتيحه الدعوى المباشرة , لأن إستعمال الدعوى غير المباشرة سوف ينتهي بإدخال حصيلتها في ذمة المدين (الفضولي) بحيث يتقاسم حصيلتها كل الدائنين , بينما ترجع حصيلة الدعوى المباشرة إلى رب العمل وحده .
- وكما أن لرب العمل أن يرجع على الفضولي إذا ارتكب خطأ ففي قيامه بأعمال الفضالة , فإن له كذلك أن يرجع عليه بسبب خطأ نائبه, ويرى الفقه أن رجوع رب العمل على الفضولي بسبب خطأ نائبه , هو كرجوع المضرور على المتبوع بسبب خطأ تابعه, لأن نائب الفضولي يعتبر تابعا له, غير أن الأستاذ سليمان مرقس, يرى أن مسؤولية الفضولي عن خطأ نائبه هي كمسؤولية المدين عن أعمال مساعديه في تنفيذ إلتزامه .
- ولكن مجموعة الأعمال التحضيرية ترجح الرأي الأول إذ تقول : ((ويسأل الفضولي كذلك بإعتباره متبوعا عن خطأ من ينيبه عنه, كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل)) والأخذ بأحد الرأيين تترتب عليه نتائج قانونية هامة, فإذا قلنا بأن الفضولي يعتبر متبوعا ونائبه يعتبر تابعا له, تترتب على ذلك ألا يكون للفضولي أن يتخلص من مسؤوليته عن خطأ تابعه حتى بإثبات السبب الأجنبي , بخلاف مسؤولية المدين عن⁹⁴الخطأ , مساعديه فيجوز له التخلص منه بإثبات السبب الأجنبي. (1)

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص305

المطلب الخامس : تضامن الفضوليين :

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 154 م.ج على ما يلي : ((وإذا تعدد الفضوليين في القيام بعمل واحد , كانوا متضامنين في المسؤولية)) وقد سبق أن ذكرنا النصوص العربية والأجنبية التي تقابل المادة 154 م.ج. ولكن يلاحظ أن القوانين التونسي والمغربي , واللبناني , والعراقي لم تنص على تضامن الفضوليين , كما أن القوانين الغربية لم تتعرض لهذا الحكم .

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: ((وعند تعدد المتصددين لشأن واحد من الفضوليين , يسألون عن خطئهم على وجه التضامن , ولما كان هذا الخطأ يغير صنوه في نطاق المسؤولية التقصيرية لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المسؤولين بنص خاص)) فالتضامن لا يتقرر إلا بنص أو بالإتفاق في العقود , وبما أن الفضالة ليست عقدا وليست داخله في نطاق المسؤولية التقصيرية التي أورد القانون نصا على التضامن فيها (م126 م.ج) فقد كان من الضروري , لكي يقوم التضامن بين الفضوليين أن ينص عليه , ولم يكن القانون المدني المصري القديم ينص على التضامن بين الفضوليين سائرا في ذلك على نهج القانون المدني الفرنسي الذي لم يتناول النص على هذا التضامن .

وبمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 154 , يقوم بين الفضوليين , إذا تعددوا , تضامن بشرط أن تكون فضالتهم منصبه على عمل واحد : ولكن إذا تعدد الفضوليون وتولى كل منهم عملا يختلف عن عمل الآخرين فلا يكون هناك تضامن بينهم , بل يسأل كل منهم على إنفراد .

وحكم التضامن بين الفضوليين الذين يقومون بعمل واحد يجعل لرب العمل الحق في أن يرجع على أي واحد منهم بكل ماله من حقوق تترتب على الفضالة , ولمن قام منهم بالوفاء بكل هذه الحقوق أن يرجع على المتضامنين معه كل بحسب نصيبه. وبما أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا , كما نص على تضامن الموكلين إذا تعددوا (م584 م.ج) , فإن أرباب العمل إذا تعددوا كان كل منهم مسؤولا وحده دون⁹⁵ تضامن بينهم. (1)

المطلب السادس : موت الفضولي وموت رب العمل : تنص المادة 156 م.ج على مايلي : ((

إذا مات الفضولي إلتزم ورثته بما يلزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 2/589 .

وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملزما به نحو مورثهم)) ويقابل نص هذه المادة , 194 م.م, 195 م.س, 197 م.لبيي, 152 م.لبناني, 1153 م.تونسي, 957 م.مغربي و62 من المشروع الفرنسي الإيطالي ولا مقابل له في القانون الفرنسي , إلا فيما يخص موت رب العمل ((م1373 م.فرنسي)).
وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري , بهذا الصدد مايلي:

((يظل الفضولي مرتبطا بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث , بيد أن إلتزامات الفضولي تنقضى على نقيض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلتزم هؤلاء الورثة إلتزاما شخصيا مباشرا بما يلتزم به ورثة الوكيل)).

وينبغي هنا أن نفرق بين موت الفضولي وبين موت رب العمل (1).

الفرع الأول : موت الفضولي : تنقضي الفضالة بموت الفضولي , كما تنتهي الوكالة بموت الوكيل

, ولذلك أحالت الفقرة الأولى على المادة 2/ 589 الخاصة بموت الوكيل , وهذه الفقرة تنص على ما يلي:
((وفي حالة إنتهاء الوكالة بموت الوكيل , يجب على ورثته, إذا توفرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم , وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل)).

وتطبيقا لهذين النصين , إذا مات الفضولي إنقضت الفضالة بموته, لأنه هو الذي تولى الفضالة بإرادته دون أن يكون ملتزما بها , وإلا فإن الإلتزام ينتقل في الأصل إلى الخلف العام (م108م.ج) , وعلى ذلك فلا يلتزم ورثته بالاستمرار في الفضالة , ولكنهم يلتزمون فقط , إذا كانوا يتمتعون بالأهلية الكاملة , وكانوا على علم بأن مورثهم كان يتولى أعمال الفضالة لحساب رب العمل , بأن يخطر هذا الأخير بموت مورثهم , وإذا كان مورثهم قد شرع في أعمال فضالة فعليهم أن يتخذوا من التدابير ما يلزم لحماية هذه الأعمال حتى لا تتعرض⁹⁶للتلف, وحتى يستطيع رب العمل أن يتولى هذه الأعمال بنفسه. (2)

1- المرجع نفسه. ص306

2- المرجع نفسه. ص307

الفرع الثاني : موت رب العمل

هنا تختلف الفضالة عن الوكالة , فبينما ينهي موت الموكل الوكالة (م 586 م.ج) فإن موت رب العمل لا ينهي الفضالة , بل يظل الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم . والسبب في ذلك هو أن الوكالة تقوم في الأصل على إتفاق يتم بين الموكل والوكيل , وكلاهما يعرف الآخر , وتقوم بينهما علاقة شخصية , ولذلك فإن موت أحدهما ينهي الوكالة , ما لم يتفق الورثة على تعيينه من جديد . أما الفضولي فإنه يقوم بأعمال الفضالة دون أن تكون بينه وبين رب العمل علاقة شخصية , وكثيرا ما تكون الفضالة بغير علم رب العمل , وبدون أن يعرف الفضولي , فموته إذن لا يؤثر على إستمرار أعمال الفضالة التي يقوم بها الفضولي بدافع إيثاري , ولذلك فعليه أن يستمر فيها حتى يتمها , وهو ملزم بذلك نحو الورثة كما كان ملزما نحو المورث , ويظل فضوليا بالنسبة إلى الورثة , كما أن الورثة يظلون بالنسبة إليه أرباب عمل ويلتزمون نحوه بما كان يلتزم به مورثهم .

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي , الذي لم يتناول موت الفضولي , ينص في المادة 1373 على أن الفضولي يلتزم بالإستمرار في الفضالة , حتى لو مات رب العمل قبل أن يتم الفضولي العمل الذي بدأه , وحتى يستطيع الوارث أن يتولى هذا العمل . وهو في ذلك يقترب من النصوص العربية فيما عدا إستمرار الفضولي ملتزما نحو الورثة كما كان نحو مورثهم .

وأخيرا يلاحظ الفرق بين إلتزام الوكيل بعد إنقضاء الوكالة بموت الموكل , وبين إلتزام الفضولي بعد موت رب العمل , فالأول ملزم فقط بأن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف , ولو لم تكن قد تمت بعد , بينما الثاني ملزم بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن الورثة من إتمامه , فلا يكفي إذن أن يصل⁹⁷بعمله إلى حالة لا يتعرض معها للتلف , بل يجب عليه أن يتمه. (1)

1- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 308

المطلب السابع : تقادم دعاوي الفضالة :

تنص المادة 159 م.ج على ما يلي : تسقط الدعاوي الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه, وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء (خمس عشرة) من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ((⁽¹⁾

وتقابل هذه المادة حرفيا , فيما عدا التقصير , المواد 197 م.م, 198 م.س, 200 م.لبيي, ولا مقابل لها في القانونين التونسي والمغربي , أما القانون المدني الفرنسي فيخضع التقادم هنا للمبدأ العام المنصوص عليه بالمادة 2262 وهو 30 سنة . ولقد قصرت القوانين العربية الأخرى مدة التقادم هذا إلى ثلاث سنين من يوم علم كل طرف بحقه, وذلك أسوة بما قضت به في دعاوي الإبطال , والمسؤولية التقصيرية ودفع غير المستحق , بينما مد القانون المدني الجزائري المدة إلى (10 سنين) في حالة العلم , كما فعل في المواد السابقة الذكر, ونكرر ما سبق أن كررناه من قبل وهو أن تطويل مدة التقادم يؤدي إلى عدم الإستقرار في المعاملات , ولذلك فإن القانون المدني السويسري قصر المدة إلى سنة واحدة في حالة العلم , وجعل المدة عشر سنين من تاريخ نشوء الحق , إذا لم يتوافر العلم .⁽²⁾

وإذا كانت القوانين العربية قد اختلفت بصد المدة القصيرة , فقد إتفقت فيما يتعلق بالمدة الطويلة وهي 15 سنة من نشوء الحق في حالة عدم العلم .

ونكرر ما سبق أن قلناه من أن الدفوع لا تسقط بمضي المدة , فإذا طالب الفضولي أو رب العمل بتنفيذ إلتزام سقط بمضي مدة التقادم المقررة, فإن للأخر أن يدفع طلبه بعد مضي هذه المدة.

المطلب الثامن : الإرادة المنفردة :

نص المشرع الجزائري على الإرادة المنفردة في الفصل الثاني مكرر تحت عنوان الإلتزام بالإرادة المنفردة وبالتالي اعتبرنا هذه الأخيرة كمصدر من مصادر الإلتزام وقد نصت المادة 123 مكرر " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للتصرف ما لم يلزم الغير " **فقرة 2** " ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام استثناء أحكام القبول"

فالإرادة المنفردة تعتبر إلى جانب العقد من المصادر الإرادية للإلتزام ومن أمثلتها إجازة العقد القابل للإبطال(م100ق.م) والإقرار في بيع ملك الغير (م398فقرة1 ق.م) والوصية (م123 مكرر ق.م) ولعل أهم الإلتزام للإرادة المنفردة تعرض له المشرع الجزائري هو الإلتزام المترتب على الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور⁹⁸ لذلك سنخصه بالدراسة.

1- د. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص 520
2- د. علي علي سليمان . المرجع السابق . ص 309

المبحث الأول : الوعد بجائزة الموجه للجمهور :

كثيرا ما تصادف في إعلانات الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام تتضمن رصد الجائزة لمن يعترف على شئ معين أو لمن يدلي بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن جريمة أو عن مجرم هارب أو لمن يفوز بمسابقة لتقديم بحث علمي أو وضع تصميم هندسي لمبنى معين أو مسابقة ترفيهية في كل هذه الحالات نجد أن المعلن يلتزم بإرادته وحدها دون حاجة إلى قبول من الطرف الآخر فإذا قام شخص بالعمل الموعود من أجله الجائزة فإنه يستحقها ويصبح المعلن يلتزم بها بالرغم من عدم وجود عقد بين الطرفين وقد نصت المادة 123 مكرر 1" من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بعمل ولوقام به دون نظر إلى الوعد بجائزة أو دون علم بها ."

فقرة 2 " إذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور على أن لا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد "

فقرة 3 " يمارس حق البطالة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل 6 أشهر من تاريخ إعلان العدد للجمهور " يتضح من نص هذه المادة أن أحكام الوعد بالجائزة هي :

المبحث الثاني : أحكام الوعد بالجائزة

- 1- إما أن حدد لها الواعد مدة معينة للقيام بالعمل المطلوب فيلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة ولا يجوز لها الرجوع قبل انتهائها.
- 2- إما لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده لإعلان الجمهور.
- 3- إذا إنقضت المدة المحددة للواعد دون أن يتقدم أحد بالعمل إذا انقضى إلتزم الواعد بإنقضاء الأجل .
- 4- يستحق الجائزة من قام بالعمل المطلوب سواء قد علم به أو لم يعلم .
- 5- إذا كان هناك من قام بالعمل المطلوب قبل رجوع الواعد فإنه يستحق الجائزة.
- 6- يجوز لمن قام بالعمل أن يطالب بالجائزة أمام القضاء في مدة لا تتجاوز 6 أشهر وتبدأ هذه المدة من ⁹⁹تاريخ إعلان العدول. (1)

1- د. نبيل إبراهيم سعد . المرجع السابق .ص363

تمهيد

الفصل الأول : تعريف الإلتزام وبيان خصائصه

01	المبحث الأول : ماهية النظرية العامة للإلتزام وتطورها
02	المبحث الثاني : تعريف الإلتزام
03	المبحث الثالث : تعريف الحق العيني
03	المطلب الأول : الحقوق العينية الصلية
03	المطلب الثاني: الحقوق العينية التبعية
03	المبحث الرابع : تعريف الحق الشخصي
04	المبحث الخامس : المقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني
04	المبحث السادس : التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي
04	المطلب الأول : النظرية الشخصية
05	المطلب الثاني : النظرية العينية
05	المبحث السابع : مصادر الإلتزام
06	المطلب الأول : المصادر الإرادية
06	المطلب الثاني : المصادر غير إرادية
06	المبحث الثامن : ترتيب مصادر الإلتزام

الفصل الثاني : مصادر الإلتزام

07	المبحث الأول : تعريف العقد وتحديد نطاقه
08	المبحث الثاني : مبدأ سلطان الإرادة
09	المبحث الثالث : تقسيم العقود
09	المطلب الأول : تقسيم العقود من حيث التكوين
09	الفرع الأول : العقود الرضائية
09	الفرع الثاني العقود الشكلية
10	الفرع الثالث : العقود العينية

11	المطلب الثاني تقسيم العقود من حيث الموضوع
11	الفرع الأول: العقد المسمى
11	الفرع الثاني : العقد الغير مسمى
11	الفرع الثالث : العقد البسيط
11	الفرع الرابع العقد المختلط : (المركب)
12	المطلب الثالث : تقسيم العقود من حيث الآثار
12	الفرع الأول : العقد الملزم لجانبين : (العقد التبادلي , التقابلي)
12	الفرع الثاني : العقد الملزم لجانب واحد
13	الفرع الثالث : عقد المعاوضة
13	الفرع الرابع : عقد التبرع
13	المطلب الرابع : تقسيم العقود من حيث الطبيعة
13	الفرع الأول : العقد المحدد
14	الفرع الثاني : العقد الإحتمالي : (عقد الغرر)
14	الفرع الثالث : العقد الفوري
14	الفرع الرابع : العقد الزمني (المستمر)
15	المطلب الخامس : تقسيمات العقود من حيث كيفية وقوع التراضي
15	الفرع الأول : عقد المساومة (العقد التفاوضي)
16	الفرع الثاني : عقد الإذعان (العقد الغير تفاوضي)
16	المبحث الرابع : أركان العقد
16	المطلب الأول : التراضي
16	الفرع الأول : وجود التراضي
17	الفرع الثاني : إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني
17	الفرع الثالث : كيف يتم التعاقد ؟
17	المطلب الثاني : التعبير عن الإرادة
17	الفرع الأول : التعبير عن الإرادة الصادرة من الأصيل
17	الفرع الثاني : صور التعبير عن الإرادة
19	المطلب الثاني : الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة
20	الفرع الأول : نظرية الإرادة الباطنة
20	الفرع الثاني : نظرية الإرادة الظاهرة

- المطلب الثالث : متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني ؟ 20
- المطلب الرابع : أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة 21
- المطلب الخامس : التعبير عن الإرادة الصادرة من النائب 22
- الفرع الأول : تعريف النيابة 22
- الفرع الثاني شروط النيابة في التعاقد 22
- الفرع الثالث : آثار النيابة في التعاقد 24
- الفرع الرابع : تعاقد الشخص مع نفسه 24
- المبحث الخامس : توافق إرادتين** 24
- المطلب الأول : الإيجاب 25
- الفرع الأول : تعريفه 25
- الفرع الثاني : القوة الملزمة للإيجاب 25
- الفرع الثالث : سقوط الإيجاب 25
- المطلب الثاني : القبول 26
- الفرع الأول: تعريفه 26
- الفرع الثاني : القبول في العقود المزايدة 27
- الفرع الثالث : القبول في عقود الإذعان 27
- المطلب الثالث : تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد 27
- المطلب الرابع التعاقد بين حاضرين 27
- المطلب الخامس : التعاقد بين غائبين 27
- الفرع الأول : نظرية إعلان القبول 27
- الفرع الثاني : نظرية تصدير القبول 28
- الفرع الثالث : نظرية وصول القبول 28
- الفرع الرابع نظرية العلم بالقبول 28
- المطلب السادس : الوعد بالتعاقد 28
- الفرع الأول : شروط الوعد بالتعاقد 29
- الفرع الثاني : آثار الوعد بالتعاقد 29
- المطلب السابع : التعاقد بالعربون 30
- الفرع الأول العربون 30
- الفرع الثاني: أحكام العربون 30

30	المبحث السادس : صحة التراضي
30	المطلب الأول : الأهلية
31	الفرع الأول : أهلية الوجوب.....
31	الفرع الثاني : أهلية الأداء
32	المطلب الثاني : عوارض الأهلية
32	الفرع الأول : الجنون
32	الفرع الثاني : العته.....
32	الفرع الثالث : السفه.....
32	الفرع الرابع : الغفلة
32	المطلب الثالث : موانع الأهلية
32	الفرع الأول : العاهة
33	الفرع الثاني : الغيبة
33	المطلب الرابع : مدى تعلق الأهلية بالنظام العام.....
33	المطلب الخامس : عيوب الإرادة
33	الفرع الأول : الغلط
34	الفرع الثاني : التدليس
35	الفرع الثالث : الإكراه
36	الفرع الرابع : الإستغلال
38	المبحث السابع : المحلل
38	المطلب الأول : أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود
39	المطلب الثاني : أن يكون المحل معينا أو قابل للتعيين.....
39	المطلب الثالث : أن يكون محل الإلتزام مشروعا أو مما يحوز التعامل به
40	المبحث الثامن : السبب
40	المطلب الأول : النظرية التقليدية للسبب.....
41	المطلب الثاني النظرية الحديثة للسبب
41	المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري
41	المطلب الرابع : إثبات النسب

42	المبحث التاسع : نظرية البطلان
42	المطلب الأول : مفهوم البطلان
42	الفرع الأول : البطلان المطلق
42	الفرع الثاني : البطلان النسبي (قابلية العقد للبطلان)
43	المطلب الثاني : أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي
43	الفرع الأول : من له حق التمسك بالبطلان
44	الفرع الثاني : كيفية تقرير البطلان
44	الفرع الثالث : سقوط الحق في التمسك بالبطلان
44	المطلب الثالث : الإجازة
44	المطلب الرابع : شروط الإجازة
44	الفرع الأول : من حيث الموضوع
45	الفرع الثاني: من حيث الشكل والإثبات
45	المطلب الخامس : آثار الإجازة
45	المطلب السادس : التقادم
45	الفرع الأول : في العقد القابل للإبطال
45	الفرع الثاني : العقد الباطل بطلانا مطلقا
46	المطلب السابع : آثار البطلان
46	الفرع الأول : نظرية إنقاص العقد
46	الفرع الثاني: نظرية تحول العقد
47	المطلب الثامن : التمييز بين البطلان وغيره من النظم
47	الفرع الأول : التمييز بين البطلان والفسخ
47	الفرع الثاني : التمييز بين بطلان العقد وعدم نفاذه
49	المبحث الثاني : القوة الملزمة للعقد
49	المطلب الأول : مضمون العقد
49	المطلب الثاني : تفسير العقد
49	الفرع الأول : المقصود بتفسير العقد
49	الفرع الثاني بيان حالات للتفسير
50	الفرع الثالث : البحث في تكوين العقد وصحته قبل تفسيره
49	المطلب الثالث : حالات التفسير

- 51 الفرع الأول : عبارة العقد واضحة
- 52 الفرع الثاني : حالة غموض عبارة العقد
- 55 الفرع الثالث : قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين
- 57..... الفرع الرابع : تكييف العقد
- 58..... الفرع الخامس : تحديد نطاق العقد
- 61..... المطلب الرابع : القوة الملزمة للعقد
- 61 الفرع الأول : العقد شريعة المتعاقدين
- الفرع الثاني : يجب تنفيذ العقد بحسن نية
- 62 الفرع الثالث : الإستثناءات التي ترد على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)
- 62 الفرع الرابع : إنهاء العقد بإرادة منفردة
- 62 الفرع الخامس : قاعدة عدم جواز إنهاء العقد بإرادة منفردة
- 62..... الفرع السادس : حالات الإنهاء بإرادة منفردة
- 63..... الفرع السابع : إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون
- 63 الفرع الثامن : تعديل العقد بواسطة القاضي

الفصل الثالث : المسؤولية العقدية

- 47.. المبحث الأول أركان المسؤولية العقدية
47. المطلب الأول : الخطأ العقدي
- 48 الفرع الأول : إثبات الخطأ العقدي
- 48 الفرع الثاني : الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير
- 48 الفرع الثالث : الخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء
- 48 المطلب الثاني : الضرر
- 49..... المطلب الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر

الفصل الرابع : المسؤولية التقصيرية

- 68 المبحث الأول: المسؤولية الناشئة عن الأفعال الشخصية
- 68 المطلب الأول : أركان المسؤولية
- 68 الفرع الأول : الخطأ
- 69 الفرع الثاني : الضرر
- 70 الفرع الثالث : علاقة السببية
- 70 المطلب الثاني : المسؤولية الناشئة عن فعل الغير

- 70 الفرع الأول : مسؤولية المكلف بالرقابة
- 70 الفرع الثاني : مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه
- 71 الفرع الثالث : المسؤولية الناشئة الأشياء

الفصل الخامس : الإثراء بلا سبب

- 74..... المبحث الأول : إثراء المدين
- 74..... المبحث الثاني : إفتقار الدائن
- 75..... المبحث الثالث : إنعدام السبب القانوني
- 75 المبحث الرابع : شرط حسن النية في القانون المدني الجزائري
- 77.. المبحث الخامس : الجزاء المترتب على الإثراء بلا سبب
- 81 المبحث السادس : تقادم دعوى الإثراء بلا سبب

الفصل السادس : دفع غير المستحق

- 85 المبحث الأول : حالة الوفاء بدين لم يحل أجله
- 87 المبحث الثاني : أحكام رد مادفع دون حق
- 87 المطلب الأول : حالة ماإذا كان الموفي له حسن النية
- 89.. المطلب الثاني : حالة ما إذا كان الموفي له سيء النية
- 90 المطلب الثالث : حالة ماإذا كان الموفي له ناقص الأهلية
- 91..... المطلب الرابع : سقوط دعوى الإسترداد بالتقادم

الفصل السابع : الفضالة

- 93 المبحث الأول : الفضالة في القانون المدني الجزائري
- 94 المبحث الثاني : أركان الفضالة
- 94 المطلب الأول : أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير
- 94 المطلب الثاني : ألا يكون الفضولي ملزما بذلك
- 103 المبحث الثالث : الإلتزامات التي تترتب على الفضالة
- 105 المطلب الأول : الإلتزام الأول
- 106 المطلب الثاني : الإلتزام الثاني
- 107..... المطلب الثالث : الإلتزام الثالث
- 108 المبحث الرابع : المسؤولية التي تترتب على خطأ الفضولي
- 111..... المبحث الخامس : الركن الرابع

111	المطلب الأول : إلتزامات رب العمل
112	الفرع الأول : الإلتزام الأول
113	الفرع الثاني : الإلتزام الثاني
113	الفرع الثالث : الإلتزام الثالث
115	الفرع الرابع : الإلتزام الرابع
117	المطلب الثاني : أجر الفضولي
117	المطلب الثالث : أهلية الفضولي وأهلية رب العمل
118	الفرع الأول : أهلية الفضولي
119	الفرع الثاني : أهلية رب العمل
120	المطلب الرابع : نائب الفضولي
121	الفرع الأول : أوجه الإلتفاق
121	الفرع الثاني أوجه الإختلاف
122	المطلب الخامس : تضامن الفضوليين
123	المطلب السادس : موت الفضولي وموت رب العمل
123	الفرع الأول : موت الفضولي
124	الفرع الثاني : موت رب العمل
125	المطلب السابع : تقادم دعاوي الفضالة
125	المطلب الثامن : الإرادة المنفردة
126	المبحث الأول : الوعد بجائزة الموجه للجمهور
126	المبحث الثاني : أحكام الوعد بجائزة